I. germ.
194 h

Siegen

<366219248900011

Bayer. Staatsbibliothek

Juristische Abhandlungen

vorzüglich den

Zustand Deutscher Gesetzgebung und Rechtspflege

betreffend

von

H. J. Siegen,

vormaligem Mitgliede des Oldenburgischen Oberappellationsgerichts.

Göttingen

bei Vandenhoeck und Ruprecht.

1834.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Vorwort.

Der Verfasser dieser Abhandlungen verlebte 35 Jahre im Justizdienste, und gab am Ende als Mitglied des Oldenburgischen Oberappellationsgerichts, welches er 12 Jahre gewesen war, seinen Abschied. Die ihm dadurch gewordene Muſse wandte er zum Theil dazu an, über Deutsche Gesetzgebung und Justiz so wie über manche Rechtsmaterien, vorzüglich solche, welche den Einfluſs neuerer Meinungen erfahren haben, nachzudenken und seine Gedanken schriftlich zu verfassen. Dabei konnte es ihm in einer völlig unabhängigen Lage um so weniger einfallen, einigerlei Interessen, insonderheit der

Rechtsgelehrten, zu berücksichtigen, weshalb er auch auf Beifall keinesweges rechnet. Blofs den Versuch wollte er machen, ob sich durch das aufrichtige Bekenntnifs der nach gewissenhafter Prüfung gefundenen Wahrheit in unserem Deutschen Vaterlande einiger Nutzen stiften lasse.

Inhaltsverzeichnifs.

		Seite
I.	Über Förmlichkeiten im peinlichen Processe . .	1
II.	Über das Zeugnifs gegen nahe verwandte oder verschwägerte Personen oder Ehegatten in Strafsachen	15
III.	Es giebt keinen Criminalbeweis durch Vermuthungen	23
IV.	Über die Absolution von der Instanz in Criminalsachen	116
V.	Von der Zauberei	123
VI.	Über die Richtigkeit der Lesart: utrique; in l. 3. §. 7. D. de adim. vel transf. legatis (34. 4.) und wie dennoch mit diesem Gesetze l. 10. pr. D. de rebus dubiis (34. 5.) vereinigt werden kann . .	127
VII.	Über Moratorien	137
VIII.	Sind die Deutschen Reichsgesetze, welche wegen des Reichscammergerichts und der Procedur bei demselben gegeben sind, zugleich Quelle des Deutschen gemeinen Civilprocesses?	144
IX.	Über die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im Processe wegen eines Versehens des Procurators oder des Advocaten	150

		Seite
X.	Über drei Instanzen	168
XI.	Über Redefreiheit in richterlichen Collegien . .	203
XII.	Über Gesetze mit rückwirkender Kraft und authentische Interpretationen	218
XIII.	Über das sogenannte Deutsche gemeine Recht und Einfluss auf die Justiz	239
XIV.	Über Deutsches Particularrecht im Allgemeinen .	282
XV.	Über das Particularrecht des Grofsherzogthums Oldenburg insonderheit	286

I.

Ueber Förmlichkeiten im peinlichen Processe.

Der Staat ist vorhanden um der Gerechtigkeit willen. Es soll daher in ihm das Gesetz, nicht die Willkür herrschen. Die Richter, welche er in peinlichen Sachen bestellt, sind Menschen und deshalb Unvollkommenheiten unterworfen. Rücksichtlich des Verstandes können letztere sich dadurch äufsern, dass diese Richter sich keine gründliche Einsicht verschaffen, sondern sich übereilen. Aber auch auf deren Moralität darf der Staat nicht unbedingt rechnen, ohne mit sich selbst in Widerspruch zu gerathen, da seine Existenz hauptsächlich mit auf der Voraussetzung beruht, dass den Menschen die Moralität mangelt und sie deshalb durch Zwang zur Ordnung angehalten werden müssen. Dass ein jeder Mensch geneigt ist, die Gewalt zu missbrauchen, es sei aus Kurzsichtigkeit oder aus Leidenschaftlichkeit, ist eine ewige Erfahrung, sagt Ancillon Über den Geist der Staatsverfassungen p. 30. Vermuthung für die öffentlichen Beamten ist nur den Despotieen

eigen [1]). In diesen, etwa in der Türkei, gilt freilich die Willkür als Gesetz. Aber in Staaten, welche sich einer gemäfsigteren Regierung erfreuen, soll der Richter blofs Organ des Gesetzes sein. Die Processordnung schreibt ihm sein Verfahren vor, befördert die Gründlichkeit desselben und steuert der Willkür. Sie setzt in Criminalsachen z. E. die Voraussetzungen fest, unter welchen ein Staatsbürger in Untersuchung oder wohl gar zur Haft gezogen werden kann, giebt Regeln über den Beweis und sorgt überhaupt dafür, dass kein Unschuldiger verdammt werde und kein Schuldiger eine andere Strafe leide, als die er nach dem Gesetze verdient. Dies ist in Deutschland um so nöthiger, je ausgedehnter, man möchte sagen widersprechender, der Würkungskreis eines Criminalrichters ist, indem er zugleich für den Staat als Ankläger, für den Angeschuldigten als Beklagten und sodann als Richter handelt (Quis enim sibi utrumque audeat assumere, ut cuiquam ipse sit et accusator et iudex? c. 18. C. II. qu. I.). Die gesetzlichen Vorschriften, welche sein Verfahren regeln, sind die Garantieen der bürgerlichen Freiheit, der Schutz unseres Lebens, unserer Ehre, unserer Freiheit, unseres Eigenthums. Sie bilden Verschanzungen der Gesetzgebung gegen das Eindringen von Richterwillkür und Richterdespotismus, damit der Richter die Herrschaft der Gesetze nicht über den Haufen werfe, und müssen heilig gehalten werden, wenn nicht das Richteramt alle Haltung, alles Vertrauen verlieren soll. Alles dieses haben die besten Köpfe von jeher anerkannt.

---

1) Neues Archiv des Criminalrechts III. p. 60.

de Vattel in dem droit de gens L. 1. Chap. 13. §. 172. sagt: »Un bon prince veillera attentivement sur la conduite des magistrats: il les obligera à observer scrupuleusement les formes établies. Il se gardera bien lui-même d'y donner jamais atteinte. Tout souverain, qui néglige ou qui viole les formes de la justice dans la recherche des coupables, marche à grands pas à la tyrannie: il n'y a plus de liberté pour les citoyens dès qu'ils ne sont pas assurés de ne pouvoir être condamnés que suivant les loix, dans les formes établies; und d'Aguesseau: Les formes sont la sauve-garde de la fortune, de l'honneur, de la vie des citoyens« [2]).

Verletzt der Criminalrichter eine ihm vorgeschriebene Form: so handelt er gesetzwidrig (non enim iurisdictionis mutare formam vel iuri publico derogare cuiquam permissum est l. 13. C. de testam. 6. 23.) und da es nach der Natur der Sache unmöglich ist, dass etwas Gesetzwidriges von dem Gesetze Kraft herleiten d. h. gültig sein kann; so ist seine Handlung nichtig und Alles, was darauf gebauet werden soll, stürzt bei mangelndem Fundamente zusammen. Sonst müsste Jemand seiner Verbindlichkeit mit Würkung entsagen können, was doch ganz unvernünftig wäre [3]). Der Staat bevollmächtigt auch diesen Richter nur, in der vorgeschriebenen Form zu verfahren. Thut er dies nicht; so handelt er seinem Mandate zuwider, folglich nichtig [4]). Eben dies findet bei einem Schiedsrichter Statt, wel-

---

2) Archiv für die civilistische Praxis XI. p. 319.
3) l. 5. C. de O. et A. (4. 10.).
4) c. 22. X. de rescript. (1. 3.).

cher die im Compromisse vorgeschriebene Verfahrungsart nicht befolgt [5]). Dass mehrere Gesetze übrigens die Ungültigkeit, die Nichtexistenz gesetzwidriger Handlungen ausdrücklich aussprechen, ist bekannt genug [6]).

Diese Nichtigkeit ist die Garantie für die Gewissheit der Beobachtung der Gesetze. Sie ist die einzige, der Würde des Gesetzgebers angemessene, welche es unmöglich gestattet, dass er ein Verfahren für unerlaubt erklärt und dasselbe doch im Widerspruche mit sich selbst als gesetzmäfsig, also erlaubt, zulässt. Ebenfalls schützt sie allein die Unterthanen auf sichere Weise, was Strafen für die Beamten nicht thun, welche zudem, wie die Erfahrung lehrt, selten vollstreckt werden und bald gänzlich in Vergessenheit gerathen. Freilich könnten dann formwidrige Untersuchungen aufrecht erhalten werden [7]). Allein dagegen will ja gerade der Staat seine Bürger durch die Processordnung schützen. Dass eine Untersuchung wegen Formfehler gänzlich verunglückt, kann bei gehöriger Sorgfalt in der Wahl und Beaufsichtigung der Criminalrichter abseiten des Staats kaum je der Fall sein, und tritt dieser doch ein; so ist das daraus entstehende kleinere Uebel dem gröfseren, welches aus der Gefährdung der bürgerlichen Freiheit durch Richterwillkür entstehen würde, bei weiten vorzuziehen.

---

5) Glück VI. p. 90.

6) l. 6. D. qui satisdare cogantur (2. 8.) l. 5. C. de LL. (1. 14.) c. 64. de R. I. in 6to l. 4. §. 6. D. de re iudicata (42. 1.) l. 4. C. de sentent. (7. 45.).

7) N. Arch. de Crim.-R. IX. p. 155. 156.

Es hat von jeher unter den Rechtsgelehrten zwei (freilich unter den Secten nicht aufgeführte) Parteien gegeben, welche auch wohl in Zukunft fortdauern werden, und wovon die eine sich mehr zur Freiheit durch strenge Gesetzherrschaft, die andere, vielleicht oft unwillkürlich, mehr zu dem Gegentheile hinneigt, und so sind auch die bisher vorgetragenen Grundsätze nicht ohne Gegner geblieben.

Um der älteren nicht zu erwähnen; so glaubt Grolmann in den Grundsätzen der Criminalrechtswissenschaft (A. 2.) §. 423. 425., wenn der Criminalrichter nur das beobachte, ohne welches der Zweck des Verfahrens nicht erreichbar sei (das Wesentliche des Verfahrens); so könne er alles Übrige, was die Gesetze über das Verfahren vorschrieben (die Formalitäten desselben), gültig unbeachtet lassen. Wenn man aber annimmt, dass der Richter Diener des Gesetzes ist, wie doch wohl nicht bezweifelt werden kann; so sieht man nicht, was ihn berechtigen könnte, dasjenige, was er nach dem Gesetze thun soll, um zu einem Zwecke zu gelangen, zu unterlassen, sobald nach seiner Meinung dieser Zweck auch auf andere Art erreichbar wäre. Der Gesetzgeber legt ja gerade die allgemeinen Grundsätze über Sicherheit und Zweckmäßigkeit des Criminalverfahrens, welche er für die bewährtesten hält, seiner Processordnung zum Grunde, damit hierüber keine subjectiven Meinungen der Criminalrichter Platz greifen sollen, nicht jeder Richter seine Processordnung für sich habe, bald mehr bald weniger zum Wesentlichen zähle, und so am Ende Alles sich in Willkür auflöse, welcher die Processordnung gerade entgegenarbeiten will.

Mittermaier im Handbuch des peinlichen Processes B. 1. p. 202. verwirft daher auch die Meinung Grolmanns, stellt selbst aber ebendas. p. 206 f. eine andere auf, welcher dieselben Gründe in noch höherem Grade entgegenstehen. Sie ist folgende: Das Gesetz habe die Formen zur besseren Erforschung der Gewissheit gleichsam nur rathend als zweckmäfsige Mittel vorgeschrieben, enthalte nicht unbedingte Vorschriften für jeden einzelnen Fall; sondern zeichne theils nur die Wege vor, welche der Richter gewöhnlich gehen müsse, theils setze es Schranken, wie weit er gehen dürfe. Diese Vorschriften seien in einzelnen Processen nur dann nothwendig, wenn sie die einzigen Mittel wären, die Gewissheit zu erreichen, und dass dies der Fall sei, müsse der Angeschuldigte erweisen. Die vorgezeichneten Mittel, zur Gewissheit zu gelangen, seien nur rathend, und ihre Anwendung bleibe der Klugheit des Richters anheimgestellt. Habe das Gesetz eine bestimmte Form für eine Handlung vorgeschrieben, z. E. eine Beeidigung vor der Handlung; so thue der Richter zwar Unrecht, wenn er die Beeidigung statt vorher erst nachher vornehme, verfahre aber doch gültig, weil durch diese Wendung das Ganze bei Kraft erhalten und die Absicht des Gesetzes doch erreicht werden könne.

Nach dieser Meinung wäre also der Gesetzgeber blofs Lehrer, und der Angeschuldigte müsste in einem gegebenen Falle immer erst beweisen, dass der Richter sich ohne dessen Dogmen nicht habe behelfen können. Eine Criminalprocessordnung wäre gar nicht vorhanden. »Non erit ius, quidquid recte et in commune praecipitur, constituitur, nisi consti-

tutio parendi necessitatem imponit. Pro non dicto est enim aut praecepto id omne, cui quis, nisi velit, parere non cogatur [8]). Hinc illud legis proprium in definitione legis a Demosthene expressum: Cui omnes obtemperare convenit [9]). Et hoc distant praecepta Philosophorum a iure publico. Nam et Philosophi praecepta tradentes de moribus, saepe iubent et praecipiunt, quae recta sunt, et prohibent turpia: sed nulla his adiuncta necessitas parendi; ideo intra praecepta tantum consistunt, ius non faciunt« (H. Donelli Comment. de iure civili L. 1. C. 5. §. 8.). Und doch ist in civilisirten Staaten eine solche Processordnung da, um die Bürger gegen Richterwillkür und Richterdespotismus zu schützen. Wie könnte es nun mit diesem Zwecke bestehen, wenn dem Richter die Befolgung nicht obläge, und was könnte ihn davon befreien, »cum lex publica, modum et finem certum actionibus civium statuens, recte dicatur, nihil aliud esse, nisi temperamentum ac moderamen, quod regit et coercet actiones«? (H. Donell. l. c. L. 16. C. 19. §. 1.) Die Form eines rechtlichen Geschäfts ist ja iuris publici und hängt nicht von der Willkür derjenigen ab, welche das Geschäft vornehmen [10]). Gewiss giebt man nicht Gesetze, um Gesetze zu geben; sondern um das Beste des Staats zu bezwecken. Das höchste Wohl des Staats besteht also in der genauesten Beobachtung der Gesetze [11]).

---

8) l. 8. D. de O. et A. (44. 7.) l. 114. §. 14. de legat. I. (30.)
9) l. 2. de LL. (1. 3.).
10) Glück XIII. p. 378.
11) Ders. I. p. 53.

Martin bemerkt zwar in dem Lehrbuche des Criminalprocesses (A. 2.) §. 10. not. 5., Mittermaier gehe zu weit. Wie es aber bei einer unhaltbaren, indess gewisser Ursachen wegen beliebten Behauptung häufig zu geschehen pflegt, dass Einer die Gründe verwirft, welche der Andere dafür vorbringt, selbst aber wieder aus anderen Gründen ungefähr das Nämliche annimmt: so auch hier. Martin hat a. a. O. §. 10. in der Reichscammergerichtsordnung von 1555. Th. 3. T. 34. §. 1. (C. O. C. P. 3. T. 40. pr. §. 1.) eine, in dieser Rücksicht wohl noch nie beachtete, Stelle aufgefunden. Sie ist folgende:

»Nachdem sich auch zu Zeiten Nichtigkeiten und »Nullitäten der Process oder Urtheil an den Unter-Ge»richten ergangen, befinden: Wollen Wir, wo je»mand an Unserm Cammer-Gericht solche Nullität »oder Nichtigkeit voriger Rechtfertigung oder ge»sprochener Urtheil vorzuwenden gedächte, dass er »solches sambt der Klag auf die Iniquität, Beschwehrd »und Ungerechtigkeit derselben Urtheil, ob er einige »zu haben vermeint, alternative und mit einander »gleich einzubringen schuldig seyn soll, und bitten, »über die Nullität zu erkennen; Und ob die nicht »gegründet befunden, alsdann und nicht ehe, auch »die andere Klag der Iniquität und Ungerechtigkeit »des vorigen Rechts-Spruchs zu urtheilen etc., »damit der Verzug zweifältiger Rechtfertigung, so »an Unserem Kaiserlichen Cammer-Gericht bisher »nach einander hat beschehen mögen, abgeschnitten »und gefährliche Verlängerung vermieden werde. »Und so der Cammer-Richter und Beisitzer solche »angezogene Nichtigkeit nicht dergestalt erfunden, »dass dadurch der Partheien in der Haupt-Sach ein

»unwiederbringlich Unrecht geschehe. Sollen diesel-»bige vorigen Process, anderer Unförmlichkeit halben, »als nichtig nicht verwerffen, sondern darauf in der »Haupt-Sach erkennt werden, was recht ist.«

Aus dieser Stelle soll ein allgemeiner Geist der einheimischen Process-Gesetzgebung des Deutschen Reichs hervorgehen, wornach ein blofser Formfehler bei vorhandener Gewissheit, dass in der Sache selbst dadurch kein Unrecht begangen sei, keine Nichtigkeit nach sich ziehe. Denn da auch Criminalsachen im Falle begangener Nullitäten an die Reichsgerichte in höherer Instanz gelangen durften (R.-C.-G.-O. II. 28. §. 5. Conc. II. 31. §. 14.); so könne man jene Stelle auf Civilsachen mit Grunde nicht beschränken.

Die allegirte Stelle der Cammergerichtsordnung spricht indess sichtlich nicht von Criminalsachen, in welchen keine Appellation an das Reichscammergericht Statt hatte, auch in Nichtigkeitsfällen dieses Gericht nur cassiren, nicht aber in der Sache selbst erkennen konnte [12]), sondern nur von Civilsachen, kann auch auf diese blofs angewendet werden. Denn sie will, um Weitläuftigkeiten zu vermeiden, dass Nullitätsquerel und Appellation zugleich beim Reichscammergerichte eingebracht und verhandelt [13]) werden sollten. Finde sich dann, dass durch die Nichtigkeit der Partei in der Hauptsache kein unwiederbringlich Unrecht geschehe: so solle das Reichscammergericht, ohne auf die Nullitäten zu achten, wenn de meritis causae hinlänglich constire, defini-

12) C. O. C. P. 2. §. 14.
13) C. O. C. l. c. §. 2.

tiv in der Hauptsache erkennen. So haben die älteren Cameralisten dieses Gesetz immer verstanden [14]) (was ohnedem nach R. I. N. §. 121. 122. wohl ohne praktischen Werth war). Dem gemäfs führt Gail I. 75. n. 5. 6. an, beim Reichscammergerichte werde definitiv gesprochen, wenn gleich in den vorigen Instanzen lis nicht contestirt wurde, falls nur auf andere Art der Richter aus den vorigen Acten von den meritis causae hinlängliche Kenntniss erhalte, vermöge Cammergerichtsordnung Th. 3. T. 34., besonders da diese Nichtigkeit bei dem Reichscammergerichte gehoben werden könne, wo eine Litiscontestation und ein gesetzlicher Process erfordert werde. Dagegen verordnet die Cammergerichtsordnung [15]), wie es wegen der Nichtigkeiten in peinlichen Sachen zu halten sei. Ihnen soll nämlich abgeholfen und alsdann die Hauptsach wieder an die ordentliche Obrigkeit, förmlich und rechtmäfsig darin zu handeln, zu procediren und zu urtheilen, remittirt werden. Eben so ist in Civilsachen zu verfahren, wenn sich aus den actis erster Instanz eine öffentliche Nullität befünde, welche in anderer Instanz (beim Reichscammergerichte) nicht rectificirt werden möchte [16]), und dies ist ja bei Nichtigkeiten in Criminalsachen allemal der Fall. Die Verordnung in der Cammergerichtsordnung P. 3. T. 34. §. 1. ausdehnend dahin zu erklären, dass auch in Criminalsachen Förmlichkeiten dann vom Richter nicht beachtet zu wer-

---

14) Gail I. 84. n. 4. Mynsinger C. I. o. 27. C. IV. o. 62. de Ludolph obs. for. T. 1. o. 34. not. 6.

15) C. O. C. P. 2. §. 14.

16) C. O. C. P. 3. T. 40. §. 2.

den brauchten, wenn er dafür hielte, dadurch geschehe dem Angeklagten in der Hauptsache kein Unrecht, geht um so weniger an, weil sie ohnedem generellen Rechtsgrundsätzen, wornach bei Nichtigkeiten auf Schaden nichts ankommt [17]), zuwider ist, weshalb auch schon zur Zeit ihrer Erscheinung Manche sich sehr über sie aufhielten. Die älteren Cameralisten leiten die in Rede seiende Befugniss des Reichscammergerichts aus dessen Standpuncte als Vertreter des Regenten und dessen Consistoriums her, »quia in consistorio principis magis de aequitate, quam rigore iuris iudicari solet« [18]). Doch alles bisher Ausgeführte ist im Grunde überflüssig, da nach der richtigen in der Abhandlung VIII. vertheidigten Meinung der Reichsgerichtliche Process für die Gerichte in den Deutschen Territorien keine Norm giebt. In ihnen, selbst in denen, welche nach dem Falle des Deutschen Reichs keine Criminalprocessordnungen erhielten, kann daher der Geist jener Verordnung in Criminalsachen sein Wesen nicht treiben. Sollte er darin auch würklich erscheinen: so wäre es ein böser Geist, dem man nicht folgen müsste, weil er in den Abgrund der Willkür verlocken würde. Denn er verstattete ja denjenigen, welche eine gewisse Norm beachten sollten, damit sie dem Angeschuldigten nicht schadeten, dieselbe nicht zu beachten, wenn sie dafür hielten, dass dadurch nicht geschadet werde, setzte also, wie man zu sagen pflegt, den Bock zum Gärtner.

Sonderbar ist es, dass man aus dem Criminal-

---

17) Schmidt von Klagen §. 1154.

18) Gail I. 42.

rechte schon längst die sogenannten delicta excepta, wobei der Richter nicht an die gewöhnlichen Regeln des peinlichen Processes gebunden sein sollte, verbannte [19]) und in einigen Gesetzgebungen höchstens annahm, nur der Regent könne und zwar allein im Zustande aufserordentlicher und sehr bedeutender allgemeinen Noth ein Standrecht mit der Würkung anordnen, dass die Formalien des Untersuchungsprocesses nachgelassen und nur die allgemeinen unwandelbaren Grundsätze des Rechts, nur die Essentialien des Processes beibehalten würden [20]), jetzt aber jedes Verbrechen ein delictum exceptum sein soll und jeder Richter befugt, standrechtsmäfsig zu verfahren. Auf diese Weise könnte die umständlichste Criminalprocessordnung eines civilisirten Staats in der Türkei eingeführt werden, ohne das Türkische Verfahren im Geringsten zu stören, und eben so das Türkische Verfahren in einem civilisirten Lande Statt finden, ohne durch die Criminalprocessordnung im Geringsten gestört zu werden.

Wie konnten nun aber dergleichen Meinungen ihrer Schwäche und Inconsequenz ungeachtet dennoch hier und da in Deutschland Beifall finden? Den Aufschluss scheint das, was man bei Mittermaier a. a. O. B. 1. p. 201. liest, zu geben. »Da aus einer all»gemein behaupteten Nichtigkeit, heifst es daselbst, »nicht selten die gröfste Unbequemlichkeit entsteht, »indem wegen der Vernachlässigung eines unbedeu»tenden Puncts vielleicht ein schwieriges, mühsam

---

19) N. Arch. d. Crim.-R. IX. p. 273. Meister in princ. iur. crim. §. 33. (ed. 3.).

20) N. Arch. d. Crim.-R. IX. p. 272. 288.

»aufgeführtes, Gebäude völlig niedergerissen werden »muss; so erdachte man längst Mittel, die allgemei»ne Regel zu beschränken«. Dergleichen Mittel mussten nun in der Praxis sehr angenehm sein. Denn der Staat ist, ungeachtet er recht viele Beamte zum Theil mit reichlichen Besoldungen unterhält, häufig deshalb nicht besser bedient. Manche Untersuchungsrichter sind weit entfernt, sich die Formen gehörig bekannt zu machen oder wohl gar wegen einer jeden Handlung, die sie vornehmen müssen, eine kurze Notiz der Formregeln, die sich darauf beziehen, zur Hand zu haben, ohne welches Mittel Vermeidung von Fehlern kaum möglich ist, welche hingegen durch dasselbe ganz leicht wird. Auch ist die Gesinnung in Deutschland häufig der Förmlichkeit nicht hold. Man substituirt dafür gern das Wort Formelkrämerei und rechnet es sich zum Verdienst an, davon ein Feind zu sein und dieselbe lächerlich zu machen, wozu in absoluten Monarchieen um so mehr Reiz vorwaltet, da man in denselben wegen der bürgerlichen Freiheit sich zu incommodiren, wenig geneigt ist. »On est plus frappé des inconvenients particuliers, que de la liberté des sujets, dont on ne se soucie point du tout«, sagt Montesquieu Esprit des lois L. 6. Ch. 1. Und nun gar einem öffentlichen Beamten auf seinem hohen Standpuncte es zumuthen, dass er einem Angeschuldigten vielleicht aus der niedrigsten Volksclasse gegenüber beständig auf seiner Hut sei, um gegen denselben nicht in der Form zu verstoſsen! Wie lieſse sich so etwas ohne Indignation denken? Vielleicht zeigen sich nun die Criminalgerichte in der Aufsicht über die Untersuchungsrichter schwach, bedauern diese

wegen der vielen Mühe, die sie schon ohnedem haben, und wollen ihnen nicht noch mehrere machen, (obgleich man gewöhnlich mit gleicher Mühe etwas förmlich und unförmlich verrichten kann), oder sie theilen den Hass gegen die abscheuliche Formelkrämerei. Dann kommt der Fall täglich vor, dass mühsam, mehr noch, nicht eben mühsam aufgeführte Gebäude völlig niedergerissen werden müssten, und wenn man dagegen ansieht; so entsteht die Frage, wie denn anders zu helfen sei. Will man dem Angeschuldigten ein Recht, welches ihm der Staat für den Fall eines Versehens gegeben hat, aus dem Grunde nehmen, weil dies Versehen Statt hatte; so kann dazu das Gewissen doch nicht ganz schweigen, und hier kommen nun die obigen von den Rechtsgelehrten angegebenen Mittel vortrefflich zu Statten. Denn man sagt, das Gewissen sei ein Richter, der sich nicht bestechen lässt, der aber so einfältig ist, dass er, sobald man ihn durch einen scheinbaren Vorwand bethört, fünf gerade sein lässt. Da findet es sich dann, dass alle Förmlichkeiten, deren Verletzung in Frage kommt, jedesmal glücklicherweise je nach dem zu der Zeit herrschenden System entweder aufserwesentlich sind, oder dass der Angeschuldigte nicht erwiesen hat, man könne durch sie allein die Gewissheit erreichen, oder dass ihm durch deren Nichtachtung kein Schaden in der Hauptsache verursacht wurde. Immer dasselbe zu finden, wird bald langweilig oder auch wohl anstöfsig, und so lässt man am Ende die Form lieber ganz auf sich beruhen, nach den bisherigen Erfahrungen versichert, dass die aus deren Verletzung drohende

Unbequemlichkeit doch jedesmal glücklich abgewendet werden könne.

Der Erfolg ergiebt, dass die Criminalprocessordnung mit ihrem Erscheinen schon antiquirt ist und nur zur Parade dasteht.

II.

Ueber das Zeugniss gegen nahe verwandte oder verschwägerte Personen oder Ehegatten in Strafsachen.

In der Geschichte der Inquisition aus dem Französischen des Llorente und L. Gallois, Leipzig 1823. heifst es p. 56.: »Die Inquisition liefs, um alle Gesetze und die heiligste Moral über den Haufen zu werfen, den Mann gegen die Gattin, die Frau gegen den Gatten, den Sohn gegen den Vater, den Vater gegen die Kinder zeugen.« Der Abscheu gegen ein solches unmenschliches Verfahren ist hier gewiss nicht stärker ausgedrückt, als es die Natur der Sache mit sich bringt. Die Gefühle der Liebe, Freundschaft, Achtung, theilweise der Ehrerbietung rücksichtlich so nahe verbundener Personen sind in der sittlichen Natur des Menschen gegründet, und da er diese Natur nicht ablegt, wenn er in den Staat tritt; so darf letzterer derselben nicht entgegen handeln, ohne in Despotie auszuarten. Sie bil-

den den Menschen zunächst und hauptsächlich für die sittlichen Zwecke seines Daseins aus, und ohne sie würden Tugend und Glück auf Erden noch viel seltener sein, als sie es gegenwärtig sind. Wer vermöchte sich einen Staat zu denken, der nicht auf Familienverbindungen gegründet wäre, und wie könnte von einem Vaterlande und Liebe zu demselben da die Rede sein, wo das Verhältniss der Kinder zum Vater nicht für heilig gehalten würde? Selbst wollte man alles dieses verkennen; so würde doch das freilich nicht so wichtige Bedenken übrig bleiben, dass so nahe verbundene Personen, wenn man sie auch zum Zeugniss zwänge, meistens gegen einander die Wahrheit nicht aussagen, sondern den Meineid als eine Pietät und Nothwehr betrachten würden.

Das Römische Recht, selbst unter der mit tyrannischen Kaisern sehr reichlich begabten absoluten Monarchie, hat in Rücksicht der Verpflichtung zum Zeugnisse nahe Familienbande heilig gehalten. Eltern und Kinder wurden gegen einander, nicht einmal wenn sie wollten, zum Zeugnisse zugelassen [1]), worunter alle Ascendenten und Descendenten zu verstehen sind [2]). L. 4. D. de testibus (22. 5.) befiehlt, ne invito denuncietur, ut testimonium dicat gegen gewisse entferntere Verwandte und nahe Verschwägerte. Nach Römischer Weise brachte der Ankläger die Zeugen selbst vor Gericht, und nur wenn sie

1) l. 6. C. de testibus (4. 20.).

2) Clasen ad art. 66. C. C. C. n. 6. Lauterbach in C. T. P. L. 22. T. 5. §. 29. Genslers Commentar über Martins Process, herausgegeben von Morstadt. I. p. 352.

sich weigerten, wurden sie vom Richter befehligt [3]). Sollte also dieser die Zeugen verabladen; so war es schon ausgemacht, dass sie gutwillig nicht erscheinen wollten, und er konnte daher jene Personen nicht verabladen, welche nur gutwillig zu erscheinen brauchten. Es war also bei ihnen nicht der Fall, wie etwa bei dem Vormunde, dass man gegen sie hätte verfahren und erwarten können, ob sie ihre Excusation gehörig vorbrächten. Deshalb heifst es eben in l. 1. §. 1. D. de testibus (22. 5.) ganz allgemein: »Adhiberi quoque testes possunt etc. hi, quibus non interdicitur testimonium, nec ulla lege a discendo testimonio excusantur.»

Wegen der Collateralen, die näher sind, als die in l. 4. cit. genannten, z. E. Geschwister, und wegen der Ehegatten findet sich keine besondere Vorschrift. Indessen werden testes domestici nicht zugelassen [4]), und dazu gehört von den Gatten wenigstens die Frau [5]). Auch können die näheren Collateralen dahin gehören, wenn sie noch derselben väterlichen Gewalt unterworfen sind. Man möchte überhaupt annehmen, dass, da Gatten und nähere Collateralen gleich den Eltern und Kindern in l. 4. D. de testibus nicht als solche genannt sind, welche nicht gezwungen werden können, hieraus schon geschlossen werden müsse, dass sie sogar freiwillig nicht zugelassen werden, gleich den Ascendenten und Descendenten [6]). Auch sind Gatten Genossen in

---

3) Glück XXII. p. 244. 245.

4) l. 6. 9. 24. D. de testibus (22. 5.) l. 3. 5. C. de testibus (4. 20.).

5) l. 10. C. de re militari (12. 36.) c. 15. 17. 18. C. 33. Q. 5.

6) Glück XXII. p. 180.

Glück und Unglück, also gleichsam Zeugen in eigener Sache[7]). Im äufsersten Falle müssten sie und jene näheren Collateralen doch unter l. 4. D. de testib. gehören, welche wegen viel entfernterer Verbindungen von der Pflicht zum Zeugnisse befreit[8]). Die Veranlassung jener Unmenschlichkeit der Inquisition ist übrigens ohne Zweifel die Behauptung der Canonisten, dass in Untersuchungssachen wegen des Verbrechens der Ketzerei *ausnahmsweise* auch diejenigen nahe verbundenen Personen gegen einander zeugen müssten, welche sonst hiervon frei wären, selbst Eltern gegen ihre Kinder und umgekehrt. Für diese Behauptung führt I. H. Böhmer in I. E. P. Tom. 4. L. 5. T. 7. §. 52. das cap. 14. de praes. an, worin aber weiter nichts vorkommt, als dass ein Bruder von dem anderen gesagt haben sollte, derselbe sei ein Ketzer, dies aber nachher leugnete. Einige Neuere glauben gefunden zu haben, dass das Verfahren Deutscher Criminalgerichte gemäfs der Carolina der Procedur der Spanischen Inquisition sehr ähnlich sei. Allein was den hier in Frage seienden Punct betrifft; so wird diese doch nur eine Ausnahme wegen eines einzelnen Verbrechens ausführende Inquisition von manchen Deutschen Rechtsgelehrten und Richtern noch überboten. Einige der ersteren gehen gar so weit, zu behaupten, dass den Zeugen überhaupt die, im bürgerlichen Processe noch anwendbaren, Entschuldigungsgründe in Crimi-

---

7) Seyfarts Teutscher Reichs-Proc. B. 1. C. 13. §. 17. nr. 3.

8) Leyser Sp. 283. m. 22. Clasen ad art. 66. n. 5. Lauterbach in C. T. P. L. 22. T. 5. §. 3.

nalsachen nicht zu Statten kämen [9]). Ein Grund dieser dem Römischen und Canonischen [10]) Rechte geradezu widerstreitenden Behauptung ist kaum denkbar. Denn unmöglich kann er ja, wie Titus in iure privato L. 5. C. 10. §. 7. 8. anzunehmen scheint, darin liegen, dass bei uns kein Privat-Ankläger mehr auftritt, besonders da dies an den Motiven nichts ändert, worauf die Freiheit vom Zeugnisse beruht.

Andere, und hierfür wird eine Praxis in Deutschland behauptet, wollen jenen naheverbundenen Personen die Freiheit vom Zeugnisse, welche ihnen die Gesetze geben, nur lassen, »si veritas aliter haberi possit« [11]). Richtig bemerkt Leyser Sp. 283. m. 12. 22., dass diese Ausnahme die ganze Regel über den Haufen werfe, und Gensler a. a. O. B. 1. p. 352., dass, so wie die Schwierigkeit des Beweises nicht von der Beweislast befreiet, sie auch nicht zu einem irregulären Gebrauche der Beweismittel befugen kann. Das Ganze ist eine Erfindung der Rechtsgelehrten, welche die Menschlichkeit nicht achteten, deren Achtung ihnen die Gesetze anbefahlen. Und freilich ist es in der Praxis bequemer, durch so etwas nicht

---

9) Martins Lehrb. d. T. g. Criminal-Processes (A. 2.) §. 78.

10) c. 3. X. qu. matrim. accus. poss. (4. 18.).

11) Gail L. 1. c. 100. n. 15. Koch inst. iur. crim. (ed. 8.) §. 839. not. 2. Meisteri princ. iur. crim. (ed. 3.) §. 417. Engau elem. iur. crim. (ed. 5.) L. 2. §. 173. not. 2. Thibauts S. d. P.-R. (A. 5.) §. 1172. Lauterbach in C. T P. L. 22. T. 5. §. 29. 31. Hofacker princ. iur. civ. §. 4487. Hellfeld I. F. §. 1178.

genirt zu werden. An Gesetzen, welche man dafür anführt, ist zwar kein Mangel. Keins derselben passt aber. C. 5. X. de testib. cogend. (2. 21.) will die Zeugen, welche sich weigern, im Nothfall gezwungen haben, indess natürlich nur diejenigen, denen die Gesetze die Verpflichtung zum Zeugnisse nicht ausnahmsweise erliefsen [12]). Die übrigen Gesetze sprechen von Sklaven. Diese sollen in gewissen bestimmten Fällen bei angeblichen Verbrechen ihrer Herrschaft durch die Folter zur Aussage der Wahrheit angehalten werden können [13]), und der Antwort eines Sklaven soll man in Ermangelung anderen Beweises glauben [14]), welches wahrscheinlich auf seine Angaben über eigne Handlungen geht [15]). Wie kann aber aus dem naturwidrigen Verhältnisse zwischen Herrn und Sklaven für die in der menschlichen Natur gegründeten heiligen Verbindungen zwischen Eltern und Kindern, Ehegatten u. s. w. etwas gefolgert werden? Und will man etwa diese Personen auch foltern, um die ihnen tief ins Herz geprägten Gefühle der Liebe, Achtung, Ehrerbietung zu überwinden?

Nach dem Oldenburgischen mit dem Baierschen übereinstimmenden Strafgesetzbuche, Art. 85. 95. 687. u. l, sind Blutsverwandte in auf- und absteigender Linie, leibliche Geschwister und deren Neffen und

---

12) Glück XXII. p. 186. Gensler a. a. O. B. 1. p. 352.

13) l. 8. §. 6. C. de repud. (5. 17.) l. 32. C. ad L. Iul. de adult. (9. 9.) l. 9. C. ad L. Corn. de sicar. (9. 16.) l. 1. C. de quaest. (9. 41.).

14) l. 7. D. de testibus (22. 5.).

15) vergl. l. 58. §. 2. D. de aedilitio edicto (21. 1.).

Nichten, Ehegatten und im nächsten Grade Verschwägerte gegen einander zur Anzeige bevorstehender oder begangener Verbrechen, so wie zum Zeugnisse nicht verpflichtet. Diese Bestimmung ist weniger mild, als das Römische Recht, welches Eltern und Kindern das Zeugniss gegen einander nicht allein erliefs; sondern solches verbot, auch die Freiheit vom Zeugnisse weiter erstreckte. Da keine Staatsbehörde vom Staate Auftrag erhalten hat, von einem Unterthanen eine Leistung zu fordern, zu welcher dieser gesetzlich nicht verpflichtet ist; so darf auch der Criminalrichter keine Person verabladen, um Zeugniss abzulegen, von der ihm bekannt ist, dass sie zum Zeugnisse nicht verbunden sei, oder, wenn er sie dessen unwissend vorgeladen hat, vernehmen, sobald er z. E. aus den Antworten auf die persönlichen Fragen diese Kenntniss erhalten hat. Im ersten Falle würde er sich, wenn der Geladene ausbliebe, noch dazu prostituiren, weil er seiner Vorladung keinen Effect geben könnte. Eben so wenig ist es ihm erlaubt, dergleichen nahe verbundene Personen durch Gesuche zum Zeugnisse zu verleiten; ein Verfahren, dessen sich jeder rechtliche Privatmann schämen würde. Der Gesetzgeber will die Familienverbindungen der Moral und des Wohls des Staats wegen, welcher auf ihnen beruht, geschont wissen, so wie die Verbindung des Beichtvaters und seines Beichtkindes der Religion und folgeweise auch der Wohlfahrt des Staats wegen. Der Art. 687. des Oldenburgischen Strafgesetzbuchs setzt Geistliche in Ansehung dessen, was ihnen in der Beichte anvertrauet wurde, ganz mit den Verwandten gleich, und entbindet sie blofs von der Verbindlichkeit zum

Zeugnisse. Welchem Richter würde es aber wohl einfallen können, einen Geistlichen zu verabladen, um darüber, was ihm in der Beichte anvertrauet wäre, Zeugniss abzulegen, oder ihn auch nur darum zu ersuchen? Was anders, als häufige Meineide, erpresst durch die edelsten Gefühle, kann auch bei nahen Verwandten und Ehegatten ein solches Verfahren zur Folge haben? Der gemeine Mann kennt seine Rechte wenig, und kann es sich nicht denken, dass der Richter ihn zu einem Zeugnisse vorfordere, wozu er nicht schuldig sei. Er wird also getäuscht, und sucht sich wahrscheinlich meistens durch einen Meineid aus der Klemme zu ziehen. Von denen, die es wissen, dass sie zu dem Zeugnisse, das man von ihnen fordert, nicht verbunden sind, wird Mancher fürchten, dass seine Weigerung entweder ihn selbst eines Antheils verdächtig macht oder seinen nahen Verwandten oder Gatten in noch grösseren Verdacht bringt, und demselben deshalb schadet, (welches bei der gegenwärtigen Verdachtsbeweis-Theorie allerdings leicht der Fall sein könnte), und daher den Meineid vorziehen. Giebt aber einer von ihnen sich zu einem, nahen Verwandten oder Ehegatten nachtheiligen, Zeugnisse freiwillig, etwa auf Antrag des Richters, her, so hat für diesen Fall Hommel in Rhaps. obs. 210. reg. 6. wohl ganz Recht, wenn er sagt: »filius aut uxor, potissimum in causa criminali, nisi contra patrem vel maritum renuant testimonium, eo ipso se sceleratos ac nullius plane fidei esse significant.« Die Römer sagten bei einer weit geringeren Lieblosigkeit, wenn nämlich ein Sklave gegen seinen Herrn ein Verbrechen an-

zeigen, oder ihn anklagen wollte: »vocem funestam amputari oportet potius, quam audiri« [16]).

III.

Es giebt keinen Criminalbeweis durch Vermuthungen.

I) Dieser Beweis widerspricht den Regeln des vernünftigen Denkens.

Vermuthung ist der Zustand des Gemüths bei der Wahrscheinlichkeit und den Rechtsgelehrten insonderheit die Thatsache, welche das Gemüth in einen solchen Zustand versetzt. In Strafsachen heifst diese Thatsache Anzeigung, Argwohns-Wahrzeichen, jener Zustand Verdacht [1]). Wahrscheinlich ist uns Etwas, wenn wir mehr Gründe dafür finden, als dawider, uns aber bewusst sind, dass jene Gründe nicht zureichen, uns gewiss zu machen [2]). Einen Satz beweisen, heifst seine Wahrheit aus objectiven

16) l. 20. C. de his qui accusare non poss. (9. 1.).

1) C. C. C. art. 22. v. Feuerbachs Lehrb. d. gem. in Deutschl. gültigen peinl. Rechts (A. 7.) §. 545. 546. Weber üb. d. Verbindl. z. Beweisführung V. 1.

2) N. Arch. d. Crim.-R. VIII. p. 239. 240. Kiesewetter Grundriss einer allgemeinen Logik Th. 1. (A. 4.) p. 467. Matthiä Lehrb. f. d. ersten Unterricht in d. Philosophie p. 113.

(allgemein gültigen) Gründen hinreichend darthun; so dass Ueberzeugung, ein Wissen entstehe [3]). Durch Verdacht beweisen, heifst sonach, bei Jemanden ein Wissen aus zureichenden Gründen durch unzureichende Gründe hervorbringen, sagt folglich einen völligen Widerspruch aus. Dasselbe kann man ebenfalls folgendergestalt deduciren. Etwas aus Gründen herleiten, heifst: schliefsen. Da man nun bei einem Beweise den zu beweisenden Satz aus Gründen herleitet; so müssen die Beweise auf richtigen Schlüssen beruhen [4]), das heifst aus anderen Sätzen, die als wahr erkannt sind, abgeleitet sein. Alle Regeln für die Schlüsse sind folglich zugleich Regeln für die Beweise [5]), und was den Gesetzen des Denkvermögens zuwider ist, kann unmöglich ein Beweis sein [6]). Diejenigen nun, welche durch Verdacht beweisen wollen, bilden in den einzelnen Fällen einen Schluss, welcher den Gesetzen des Denkvermögens geradezu widerstreitet. Er ist folgender: Derjenige, welchen die hier vorkommenden Umstände verdächtigen, ist meistens, gewöhnlich, nach der gewöhnlichen Ordnung, dem gewöhnlichen Gange menschlicher Dinge der Verbrecher [7]). Caius verdächtigen diese Umstände. Also ist er der Verbrecher. Der Obersatz ist nämlich ein besonderes Ur-

---

3) Kiesewetter a. a. O. p. 477. N. Arch. d. Crim.-R. VIII. p. 103. 104.

4) Kiesewetter a. a. O. p. 490.

5) Matthiä a. a. O. §. 103.

6) N. A. d. Crim.-R. V. p. 534.

7) Matthäus de criminibus ad Lib. 48. T. 15. n. 1. N. A. d. Crim.-R. VII. p. 54. 210. 213. 215. Martins Lehrb. d. Crim.-Proc. (A. 2.) §. 90.

theil [8]). Er sagt nichts weiter aus, als dass einem grofsen Theile der dergestalt Verdächtigen das Merkmahl zukomme, und ergiebt sonach selbst die Unrichtigkeit des Schlusssatzes, welcher nicht anders richtig sein kann, als wenn es allen dergestalt Verdächtigen zukäme.

2) Dieser Beweis ist durch die Verlegenheit der Rechtsgelehrten nach aufgehobener Tortur in Aufnahme gekommen.

Was mag sonach die Veranlassung gewesen sein, dass viele jetzige Deutsche Rechtsgelehrte diesen Beweis zuliefsen? Wahrscheinlich die aus dem Wegfallen der Tortur entstandene Verlegenheit. Meistens, gewöhnlich, nach dem gewöhnlichen Gange, der gewöhnlichen Ordnung menschlicher Dinge verwirrt die Noth den Verstand dergestalt, dass unrichtige Mafsregeln ergriffen werden, wenn sie nicht gar zu unrechtlichen Mitteln verleitet. Der Beweis in Criminalsachen hat seiner Natur nach grofse Schwierigkeiten. Diese mussten bei den alten Deutschen bei dem damaligen Zustande der Cultur noch gröfser sein. Von einem Beweise durch Verdacht hatten sie keinen Begriff, und gaben es daher bei vorhandenem Verdachte vermittelst der Ordalien der Vorsehung anheim, die Wahrheit an den Tag zu bringen. Nachher kam die auch im Römischen Rechte sich findende Tortur auf, um bei vorhandenem starken Verdachte die Wahrheit zu erforschen. Allein dies Mittel konnte von den Rechtsgelehrten aller Bemühung ungeachtet gegen den Zeitgeist nicht

8) Kiesewetter a. a. O. p. 340. 364.

behauptet werden. Man liest wohl hin und wieder, dass mit dessen Wegfallen eine Lücke in dem Beweis-System der Carolina entstanden sei, ja das eigentliche Fundament dieses Systems zusammenstürzte [9]). Dies ist indess ganz ohne Grund. Denn es geschahe nichts weiter, als dass ein alter, Gefahr drohender, Gothischer Thurm abgetragen wurde, so dass nunmehr das Gebäude in seiner ganzen Schönheit dasteht (keine Strafe auf Verdacht, sondern nur auf Beweis). Schwieriger wurde dadurch allerdings die Criminalrechtspflege, welche an sich schon schwierig ist, und bei welcher so viel auf gute Untersuchungsrichter ankommt.

Ein solcher Richter wird um so besser seine Bestimmung erfüllen, insonderheit um so häufiger die Verbrecher zum Geständnisse bringen, je mehr er aufser den wissenschaftlichen juristischen, philosophischen und medicinischen Kenntnissen Scharfsinn, Gabe der Beobachtung und Spürkraft für das Detail, Beurtheilungskraft, Gedächtniss, Gabe der Rede, Erfahrung, praktische Menschenkenntniss, Gerechtigkeitsliebe, Ausdauer, Kaltblütigkeit, Besonnenheit, ruhige Unbefangenheit, Geistesgegenwart, Popularität und die Gabe, zu imponiren, besitzt. Diese Talente aufzusuchen, so tugentlich und best dieselbigen zu bekommen [10]), musste daher den Regierungen nach weggefallener Tortur doppelt am Herzen liegen; natürlich durften also nicht die Civilrichter

---

9) Hitzigs Annalen der Criminalrechtspflege XIX. p. 53. 54. Pfeiffers practische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft II. p. 430. 447.

10) C. C. C. art. 1.

erster Instanz, manchmal Personen, welche kaum erst die Universität verliefsen, zugleich fernerhin ohne Unterschied zu Untersuchungsrichtern bestellt werden. Denn es wäre ein wahres Wunder, wenn auf diese Art gute Inquirenten sich fänden [11]). Ferner mahnte das Wegfallen der Tortur die Regierungen dringend an ihre Pflicht, den Verbrechen durch besseren Unterricht in den niederen Schulen, dadurch, dass sie der Nahrungslosigkeit möglichst steuerten, die Verbrecher in den Strafanstalten zu bessern suchten, und für ihr weiteres Fortkommen nach ihrer Entlassung daraus sorgten, auch durch andere passende Polizeianstalten und Aufsicht entgegenzuarbeiten. Dieses alles den Regierungen bemerklich zu machen, hatten die Rechtsgelehrten wohl Beruf. In den einzelnen Fällen aber, worin die Untersuchung keinen Erfolg hatte, konnten sie sich dabei beruhigen, »satisfactum esse reipublicae, si legitimis et iure approbatis mediis inquiratur in delicta, caetera occulta divino iudicio reservanda« [12]). Vielen Deutschen Rechtsgelehrten wurde dies indess schwer, weil sie sich berufen glauben, allem Unrechte zu steuern und vor den Riss zu treten, wenn die andern Staatsgewalten dieserhalb eine Lücke lassen, welche man hier ja annahm. Wollte man nun die Verdächtigen, welche sich zur Tortur qualificirt haben würden, nicht nach dem obigen Grundsatze des Cocceii freilassen, wie man doch auch vor Abschaffung der Tortur diejenigen Personen freilassen musste, welche

---

11) N. A. d. Crim.-R. XI. p. 349.

12) Henr. de Cocceii Exerc. curios. Vol. 1. p. 1041.

das Recht hatten, nicht gemartert zu werden [13]), so musste freilich die Noth grofs sein [14]).

3) Vieler Rechtsgelehrten Versuche, den Art. 22. der Carolina zu beseitigen, welcher verbietet, auf Verdacht zu strafen.

Jetzt erschienen eine Menge von angeblichen Versuchen, die Sicherheit des Staats und seiner Bürger, welche durch die Straflosigkeit der Verbrecher so sehr gefährdet werde, aufrecht zu erhalten [15]), alle dahin strebend, dem Art. 22. der Carolina eine andere Auslegung, als die bisherige, zu geben und aus ihm heraus eine Befugniss des Richters, auf den Anzeigenbeweis ein Strafurtheil zu gründen, nachzuweisen [16]), in welchen Versuchen aber andere Juristen nichts weiter finden, als das Bemühen, die Worte des Gesetzes offenbar zu verdrehen, ihnen Gewalt anzuthun [17]), als Folge des Wunsches, das Gesetz zu umgehen [18]). Dieser Artikel verordnete nämlich mit deutlichen Worten:

> Item es ist auch zu merken, dafs niemant auff eynicherley anzeygung, argkwons warzeichen oder verdacht entlich zu peinlicher straff soll verurtheilt werden, sonder alleyn peinlich mag

13) Matthaeus l. c. ad L. 48. T. 15. Cap. 2. Koch l. c. §. 858.

14) N. A. d. Crim.-R. VII. p. 221 — 224. VIII. p. 131. Pfeiffer a. a. O. II. p. 447.

15) Hitzig a. a. O. XIX. p. 53. 54.

16) N. Arch. d. Crim.-R. VIII. p. 124.

17) Mittermaiers Handb. d. peinl. Proc. II. p. 496. N. Arch. d. Crim.-R. VIII. p. 123.

18) Martin a. a. O. §. 172. not. 5.

man darauff fragen, so die anzeygung, als hernach funden wirdet, genugsam ist. Dann soll jemant entlich zu peinlicher straff verurtheylt werden, das mufs aufs eygen bekennen oder beweisung, wie an anderen enden inn dieser ordnung klerlich funden wirdt, beschehen und nit auff vermutung oder anzeygung.

Er sprach damit eine altdeutsche Idee, den Abscheu gegen Strafe auf Verdacht, welcher dem Deutschen Rechtsgefühle zur Ehre gereicht, aus, indem es schon Grundsatz Carls des Grofsen war: Pessimum et periculosum est, quenquam de suspicionibus iudicare. In ambiguo dei iudicio reservetur sententia [19]). Allein diese historische Grundlage [20]) wurde für diesmal nicht beachtet. Der erste Versuch wider diesen Artikel fiel besonders unglücklich aus. Man behauptete nämlich, in demselben sei nur verboten, wegen Verdachts auf die volle Strafe zu erkennen, man dürfe daher den Verdacht, als unvollständigen Beweis mit unvollständiger Strafe belegen [21]). Die Grundlosigkeit dieser Behauptung mufste sofort einleuchten. Denn Srafen sind auf die Begehung von Verbrechen, nicht aber auf die Beweismomente gesetzt und repartirt, welche gegen einen Angeschuldigten streiten können, so dass der Richter, anstatt dass er nur das völlig Erwiesene, als würklich vorhanden, unter das Strafgesetz subsumiren darf, auf eine nur vorhandene Portion der Beweis-

19) Hitzig XIX. p. 181. N. Arch. d. Crim.-R. VIII. p. 122.
20) N. Arch. d. Crim.-R. X. p. 616. not. 4.
21) Hitzig XIX. p. 53. 54. Meisteri princ. iur. crim. (ed. 3.) §. 425.

Momente eine Portion der Strafe legen könnte, welche letztere zu dem Ende auch jedesmal theilbar sein müsste. Daraus würden sonderbare Folgen entstehen. »Si suspicio ad poenam extraordinariam sufficeret,« sagt Matthäus ad L. 48. D. T. 15. c. 6. n. 4., »sequeretur, omnes Sempronias, quae psallunt et saltant elegantius, quam necesse est probis; aut Postumias, quae propter cultum amoeniorem, ingeniumque liberius, quam virginem decet, parum abhorrent impudicarum famam, extra ordinem puniendas esse. Id autem dixerit sanae mentis nemo. Quare ut concludamus, his mediae sectae defensoribus hoc dilemma opponimus. Aut crimen probatum est argumentis aut probatum non est. Si probatum est, nulla causa est, cur ordinaria poena infligi non debeat. Si probatum non est, nullus puniendi locus relinquitur, sed aut in reum amplius inquirendum, aut sententia iudicis absolvendus est.«

Wenn die Carolina verbietet, wegen Verdachts zu strafen; so verbietet sie ja gerade dadurch, den Verdacht zu strafen, welcher auch von ihr nirgends verpönt ist, noch verpönt werden konnte, weil ein vernünftiger Strafzweck, der den Verdacht unter sich begriffe, gar nicht denkbar ist. Dadurch würde vielmehr alle Rechtssicherheit im Staate aufgehoben, weil der Unschuldige eben so gut, als der Schuldige, gestraft würde. In Ansehung seiner bliebe das Unrecht dasselbe, dass man ihn mit einer nicht verdienten Strafe belegte, wenn man sie auch etwas gelinder bestimmte, als er sie verdient haben würde, wenn er sie verdient hätte, wogegen man rücksichtlich des würklich Schuldigen eine Inconsequenz beginge, dass man ihn gelinder bestrafte, als er ver-

diente [22]). Ungeachtet nun die alten Geschichtschreiber uns den höchsten Grad der Tyrannei der unmenschlichsten Römischen Imperatoren mit eins vor Augen zu stellen glauben, wenn sie sagen, Verdacht galt als Verbrechen; so haben doch die Rechtsgelehrten einige Particulargesetzgebungen in Deutschland verleitet, diesen Grundsatz würklich gesetzlich aufzustellen [23]). Es wurde dann wohl in öffentlichen Blättern angezeigt, welche Staatsbürger wegen blofsen Verdachts, dass sie diese oder jene Verbrechen begangen hätten, zu schweren Strafen, Zuchthaus und dergleichen, verurtheilt wären, ohne dass dies bei der Erstorbenheit, worin sich der öffentliche Geist in verschiedenen Staaten Deutschlands seit Jahrhunderten befunden hat [24]), im Allgemeinen sonderliches Aufsehen gemacht hätte. Auf die Dauer konnte es aber doch nicht gehen, und es musste dieser Versuch, als gar zu absurd, von den Rechtsgelehrten wieder aufgegeben werden. Indess fehlte es an Stoff zu Versuchen anderer Art gar nicht. Man stürmte von allen Seiten mit neuen, der jetzigen Tendenz günstigen, Erklärungen des Art. 22. der Carolina herzu und es kam nur darauf an, die Wahl nunmehro vorsichtiger zu treffen. Die hauptsächlichsten dieser Erklärungen, welche theils allgemein theils nur einigermafsen hülfreich sein konnten, sind im Folgenden angegeben und kurz widerlegt. Zur letzteren Classe sind folgende zu zählen:

---

22) Hitzig a. a. O. XIX. p. 53. 54. XX. p. 331. Stübel über den Thatbestand der Verbrechen §. 275. Grolmanns Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft §. 515.

23) Pfeiffer a. a. O. II. p. 439.

24) N. Arch. d. Cr.-R. V. p. 287.

1) Die Carolina spreche nicht von geringeren Verbrechen, weil sie von peinlicher Strafe rede. Bei solchen Verbrechen könne also der Anzeigenbeweis Statt finden [25]). Die Carolina versteht aber unter peinlicher Strafe die öffentliche, und es darf auch bei Bestrafung geringerer so wenig, als bei Bestrafung schwererer Vergehen Gewissheit fehlen [26]).

2) Verdacht *allein* reiche zur Verurtheilung nicht hin, könne aber einen nicht künstlichen Beweis vervollständigen [27]). Da indess im letzteren Falle der Verdacht den Ausschlag gäbe und die Condemnation bewürkte; so geschähe gerade das, was Art. 22. der Carolina verbietet. Auch scheint Martin sich selbst zu widersprechen, wenn er §. 93. und not. 7. mit Bezug auf C. C. C. a. 22. und Feuerbach a. a. O. §. 576. behauptet, dass die Harmonie mehrerer einzeln an und für sich sämmtlich unzureichender Kenntnissquellen nie einen vollständigen Criminalbeweis bilden könne.

3) Art. 22. der Carolina verbiete nicht, Jemanden auf Vermuthung zu verdammen, wenn nicht der Schuldige, sondern der Thatbestand vermuthet werde [28]). Allein die Regel, welche der Artikel aufstellt, erstreckt sich doch ebenfalls auf diesen Fall, weil in demselben der Angeschuldigte nicht weniger auf Anzeigung condemnirt würde. Wäre daher im Art. 147. eine Ausnahme wegen der Töd-

---

25) Meister l. c. §. 425. Stübel a. a. O. §. 295.

26) Feuerbach a. a. O. §. 569. not. o. N. Arch. d. Cr.-R. VIII. p. 582. 583.

27) Martin a. a. O. §. 85. n. 9.

28) Feuerb. a. a. O. §. 569. u. Stübel am dort not. a. ang. O.

tung enthalten; so müsste dieselbe ohne Zweifel auf dieses Verbrechen beschränkt bleiben. Erstere wollen aufser den angeführten mehrere ältere Rechtsgelehrte, citirt bei Mittermaier im Handb. d. peinl. Proc. B. 1. p. 622., deshalb darin finden, weil es nur dann als zweifelhaft angenommen würde, ob Jemand der geklagten Streiche halber gestorben wäre oder nicht, wenn er etliche Zeit hernach, nachdem er geschlagen worden war, sterbe, also dies für unzweifelhaft gehalten werden müsste, wenn er kurz nachher stürbe. Recht absurd ist es gewiss, dass Jemand z. E. wegen einer Ohrfeige ohne Weiteres als Todtschläger betrachtet werden soll, wenn der Geschlagene kurz nachher stirbt. Daher wird es sich rechtfertigen lassen, dass man unter den obgemeldeten Fällen, in welchen der Art. 149. die Leichenschau verordnet, auch die Fälle des Art. 147. und nicht blofs die des Art. 148, wenn mehrere geschlagen haben, versteht, wie letzteres zwar auch Koch l. c. p. 366 f. thut, jedoch bemerkt, dass die Praxis mit Recht entgegen sei, durch welche sich ja auch der Beweis des Thatbestandes erst gehörig ausgebildet hat.

Allgemein hülfreich könnten folgende Interpretationsversuche sein:

4) Eine von Stübel a. a. O. §. 274 *a* [29]) aufgestellte Auslegung. Sie ist im Wesentlichen (da ja zur Zeit der Carolina auch Collegien urtheilten, und Rechtsmittel gegen Urtheile zulässig waren) folgende. Der Grund des Artikels sei, man habe den damaligen unwissenden und unerfahrenen Richtern

---

29) s. auch Pfeiffer a. a. O. II. p. 429. 430.

die Entscheidung, wann Jemand durch Anzeigen als überführt anzusehen sei, nicht zutrauen können. Den jetzigen Richtern könne man diese zutrauen, da sie die Praesumtion einer vorzüglichen Übung im Denken, gründlicher Rechtskenntnisse und vieler Erfahrung für sich hätten. Daher heifse es: »cessante legis ratione, cessat legis dispositio.«

Indessen wäre letzterer Grundsatz so richtig, als er falsch ist[30]); so müsste man erst darthun, dass der Grund des Gesetzes nicht in der Natur der Sache, vermöge deren ein Beweis durch Verdacht unmöglich ist, event. nicht darin liege, dass der richterlichen Willkür dabei zuviel überlassen bleibe, sondern der angegebene der richtige und einzige sei, sodann die behauptete Praesumtion wegen unserer Richter in thesi nicht blofs begründen, sondern auch nachweisen, dass sie in hypothesi nicht trüge und jene vortrefflichen Eigenschaften auch stets mit der gröfsten Rechtlichkeit verbunden seien[31]), welches alles völlig unmöglich ist.

5) Zur Zeit der Abfassung der Carolina habe man von der Art künstlichen Beweises, wie er heut zu Tage in den Theorien sich ausgebildet habe und erfordert werde, wohl noch keinen wahren Begriff gehabt[32]). Wenn nun aber auch bewiesen werden könnte, dass der erwähnte Begriff der allgemeine in unserer Zeit und der wahre sei; so würde doch

---

30) Thibaut im S. d. P. R. (A. 5.) §. 50.

31) Es ist Mancher scharfsinnig und doch ein Schalk, und kann die Sache drehen, wie er es haben will; Jesus Sirach XIX. 22.

32) N. Arch. des Cr.-R. III. p. 113.

daraus das Wegfallen des Art. 22. nicht hergeleitet werden können. Denn wo blieben viele Gesetze, wenn man sie umstofsen könnte, sobald man behauptete, ihre Verfasser hätten keine wahren Begriffe gehabt? Übrigens hatten ja die Verfasser der Carolina allerdings den Begriff, dass Jemand sich wohl gar einfallen lassen könnte, mit Anzeigung, Argwohnswahrzeichen oder Verdacht beweisen zu wollen, und dies veranlasste grade, dass solches verboten wurde.

6) Der Art. 22. enthalte zwei innig verbundene, sich gegenseitig bedingende Vorschriften, eine negative, nicht auf Anzeigenbeweis zu verurtheilen, und eine positive, zu foltern. Mit der positiven falle auch die negative [33]).

In dieser Weise könnte man auch folgendergestalt argumentiren. Unser Civilrecht enthält zwei innig verbundene und sich gegenseitig bedingende Vorschriften, eine negative, nicht auf unvollständigen Beweis zu verurtheilen, und eine positive, darauf einen Eid zu erkennen. Mit Aufhebung der positiven fällt auch die negative, und man kann auf unvollständigen Beweis condemniren.

7) Die Carolina erkläre A. 23. 30. **einen** classischen Zeugen für einen halben Beweis und auch für eine dringende Anzeigung, also müssten, da zwei solcher Zeugen ganz bewiesen, auch zwei dringende Anzeigungen einen vollen Beweis würken [34]). Allein die Carolina spricht von Anzeigungen nur rücksichtlich der Tortur u. s. w., nicht aber als Beweis, wel-

---

33) Hitzig a. a. O. XX. p. 334.

34) N. Arch. des Cr.-R. VII. p. 215. 216.

chen daraus herzunehmen sie vielmehr Art. 22. völlig verbietet. Zwei classische Zeugen beweisen daher nicht als zwei dringende Vermuthungen begründend; sondern als natürlicher, den historischen Glauben durch ihre Übereinstimmung begründender Beweis [35]). Schon die älteren Criminalisten warnen vor diesem Missgriff [36]).

8) Die Carolina a. 22. ändere nichts am Römischen Rechte, nach welchem zwar vermöge l. 5. pr. D. de poenis (48. 19.) nicht auf unvollständigen, wohl aber nach l. 25. C. de prob. (4. 19.) auf vollständigen Beweis durch Indicien Condemnation erfolgen könne.

Dieses von Grolmann in seiner Bibliothek d. peinl. Rechtswissensch. B. 1. St. 1. p. 167. f. aufgestellte Argument ist so gründlich widerlegt von Stübel a. a. O. §. 257. und im N. Arch. d. Crim.-R. III. p. 494. f., dass es sehr überflüssig sein würde, dagegen noch etwas zu sagen. Grolmann hat es übrigens in seinen Grunds. der Criminalrechtswissenschaft (A. 2.) §. 451 *b* u. not. c. deshalb aufgegeben, weil es zweifelhaft sei, ob das Römische Recht die Möglichkeit eines vollständigen Beweises aus Vermuthungen annehme.

4) Das Römische und Canonische Recht verbieten gleichfalls, auf Verdacht zu strafen.

Viele finden es indess nicht, wie Grolmann, zweifelhaft, sondern ganz klar, dass nach Römi-

---

35) Mittermaier a. a. O. II. p. 495. 496.

36) Koch l. c. §. 749.

schem Rechte auch auf mehrere Wahrscheinlichkeitsgründe ein Beweis in Strafsachen gebauet werden könne [37]). Dafür wird besonders l. 25. C. de prob. (4. 19.) angeführt (Sciant cuncti accusatores eam se rem deferre in publicam notionem debere, quae munita sit idoneis testibus vel instructa apertissimis documentis *vel indiciis ad probationem indubitatis et luce clarioribus expedita*), welches Gesetz dies aber keinesweges besagt. Indicia bedeuten bei den Römern: »signa vel argumenta ad fidem faciendam idonea seu per quae aliquid coarguitur, convincitur, comprobatur« [38]). Das Wort kommt her von indicare, welches das convincere in sich schliefst [39]). Daher erhielt nur derjenige Sklave wegen des indicare die Freiheit, welcher den Mörder seines Herrn nicht blofs anzeigte und wahrscheinlich machte; sondern incorruptis probationibus überführte [40]), und es konnte nicht indicare servum fugitivum heifsen, wofür man die bedungene Belohnung (indicium) fordern durfte, wenn man noch so dringende Vermuthungen beigebracht hatte, dass er sich da befinden müsse, wo er sich indessen nicht fand [41]). Aller Beweis besteht in nichts anderem, als in jenen signis vel argumentis, und daher wird durch indicia meistens aller und jeder Beweis bezeichnet [42]).

---

37) Matthäus ad L. 48. D. T. 15. C. 6.

38) Barn. Brisson. de verb. signif. ed. Itteri. Lipsiae 1721. p. 446.

39) l. 197. D. de V. S.

40) l. 1. C. pro quib. caus. serv. (7. 13.)

41) l. 15. D. de praescr. verb. (19. 5.) l. 4. §. 4. D. de condict. ob turp. caus. (12. 15.)

42) l. 20. 21. C. de prob. (4. 19.) l. 15. C. de iure dot. (5. 12.)

Eben so wird das Wort: argumenta, gebraucht [43]). Manchmal werden auch diese Worte einzelnen Beweismitteln entgegengesetzt, z. E. argumenta dem iuramento in litem [44]), dem Beweise durch Tortur eines Sklaven [45]), dem Zeugenbeweise [46]), den Zeugen und der Schriftvergleichung [47]), den Zeugen und Urkunden [48]), und indicia den instrumentis [49]), den Zeugen und Documenten in l. 25. C. de prob. (4. 19.). Dann bleibt für deren Sphäre, was ihr nicht genommen ist, also in dem zuletzt genannten Gesetze das sinnlich erkennbare äufsere Zeichen und der richtige Schluss vom Bekannten auf das Unbekannte. Hier wollen nun verschiedene Rechtsgelehrte auch Wahrscheinlichkeitsgründe, hergenommen vom Gewöhnlichen, einschieben, wenn sie in einem einzelnen Falle in der Mehrzahl vorhanden sind [50]). Man

---

(probationum indicia.) l. 10. C. arbitr. tutelae (5. 51.) l. 19. C. de R. V. (3. 32.) (wenn man daselbst cetera statt certa liest, s. Gebauer.) l. 13. C. de nupt. (5. 4.) l. 3. C. ad L. Iul. maiestat. (9. 8.) l. 5. D. de iure codicill. (29. 7.) l. 20. D. de SC. Silaniano (29. 5.) (probationum indicia.) l. 77. §. 3. D. de condit. et demonstr. (35. 1.) l. 95. D. de A. v. O. H. (29. 2.) l. 30. C. de evict. (8. 45.)

43) l. 3. §. 4. D. de suspect. tutor. (26. 10.) l. 2. C. de requir. reis (9. 40.)

44) l. 2. C. de in lit. iur. (5. 53.)

45) l. 1. §. 4. D. de quaest. (45. 18.)

46) l. 2. C. quor. appell. non recip. (7. 65.)

47) l. 22. C. ad L. Corn. de falsis (9. 22.)

48) l. 1. resp. 2. C. de testib. (4. 20.)

49) l. 19. C. de R. V. (3. 42.), wenn man daselbst nicht cetera, sondern certa liest.

50) Matthäus l. c.

theilt nämlich die argumenta in necessaria, welche Etwas mit Nothwendigkeit setzen, z. E. dass diejenige, welche geboren hat, sich fleischlich vermischte, dass ein Kind nach der Geburt lebte, wenn es damals athmete u. s. w., und zufällige, welche Etwas nur mit Wahrscheinlichkeit ergeben [51]), indem man letztere offenbar missbräuchlich Gründe nennt, ungeachtet sie nichts begründen oder gewiss machen. Nur sehr selten werden die Worte: argumenta, indicia, in diesem abusiven Sinne im Römischen Rechte gebraucht, und dann wohl dabei bemerkt, dass nur argumenta verisimilia et probabilia gemeint seien [52]), was auch schon die Beziehung auf die Tortur ergiebt [53]).

Nur zwei aufserordentliche Fälle finden sich, worin Wahrscheinlichkeit für Gewissheit genommen wird.

Wenn ein gekaufter entlaufener Sklave die Frage, ob er auch schon beim Verkäufer einmal entlaufen sei, in Gegenwart ehrbarer Männer bejahet; so soll nach l. 58. §. 2. D. de evict. (21. 2.) [54]) dieser Antwort geglaubt werden, wenn es auch an anderen Indicien des vorigen Entlaufens nicht fehlt. Und nach l. 5. §. 6. D. de re militari (49. 16.) sollen die von den Barbaren zurückgeschickten Soldaten zwar nicht anders restituirt werden, als wenn sie

---

51) Cicero de inventione L. 1. C. 29. 30. 46. 48. Matthäus l. c. Leyser Sp. 257. m. 1.

52) l. 3. l. 8. §. 1. C. de quaest. (9. 41.) l. 1. §. 1. D. eodem (48. 18.)

53) s. dieselben Gesetze und l. 17. C. ad L. Corneliam de falsis (9. 22.)

54) vergl. l. 7. D. de prob. (22. 3.)

beweisen, dass sie gefangen genommen worden, und nicht übergelaufen seien: »sed hoc licet liquido constare non possit, argumentis tamen cognoscendum est«, und soll es daher darauf ankommen, wie sie sich in ihrem vorherigen Dienste betragen haben, gemäfs der Regel, dass zum Entschuldigungsbeweise Wahrscheinlichkeit genüge. Es giebt aber nicht allein dieses Gesetz in den eben ausgezogenen Worten deutlich zu erkennen, dass Argumente in diesem Sinne genommen kein Beweis seien: sondern noch deutlicher besagt dies l. 10. C. arbitr. tutelae (5. 51.). Das Argument, ein Vormund und seine Frau hätten vor der Verwaltung nichts besessen, also rühre, was sie jetzt besäfsen, vom Pupillen her, wird ein indicium non idoneum genannt, weil es kein argumentum necessarium sei, indem man ja gar wohl es sich denken könne, dass auch Arme Etwas erwürben. Solche indicia non idonea können daher schon an sich unmöglich in l. 25. C. de prob. gemeint sein, ungeachtet sie auch wohl einzeln abusive indicia genannt werden [55]). Noch weniger aber leidet dies die ihnen hinzugefügte Qualification als indicia ad probationem indubitata et luce clariora. Dergleichen Zusätze macht das Römische Recht, wenn es vom Beweise in höchster Potenz reden will, und dann noch nicht einmal so stark, wie in l. 25. C. de probat. So heifst es in l. 2. C. de requir. reis (9. 40.) argumenta evidentia et probatio dilucida, als gleichbedeutend, in l. 3. §. 3. D. de iure fisci (49. 14.) probationes manifestissimae, in l. 34. §. 3. D. de legat. I. (30. 1.) evidentissimae probationes, in l. 3.

55) vergl. Thibaut a. a. O. §. 47.

C. ad Legem Iul. maiestat. (9. 8.) manifesta indicia, in l. 17. §. 3. D. de manumiss. testamento (40. 4.) rationes manifestissimae, in l. 3. §. 4. D. de susp. tutor. (26. 10.) apertissima rerum argumenta, in l. 2. C. de in lit. iur. (5. 53.) argumenta liquida. Will man also auch nicht allein argumenta necessaria, sondern ebenfalls die contingentia indicia nennen; so sind doch jene solches nur in der höchsten Potenz, ja es wäre ein völliger Widerspruch von einem unzweifelhaft und klarer als der Tag beweisenden Verdachte zu reden, dessen sich Carl V. keinesweges schuldig gemacht hat, wie Stübel a. a. O. p. 319. 320. glaubt. Denn das Wort: unzweyfelhafte, welches neuere Ausgaben in der Ueberschrift des Art. 29. der Carolina haben, ist fehlerhaft und findet sich weder im Originale, noch in den ältern Ausgaben [56]). Quintilian sagt L. 5. C. 9.: »Signorum alia sunt indubitata et necessaria, quae aliter habere se non possunt, quae Graeci vocant τεκμήρια, alia non necessaria sed dubia, quae σημεῖα«, was an unser Gesetz erinnert, in welchem offenbar nur argumenta necessaria gemeint sind [57]). Weil diese indess natürlich sehr selten vorkamen; so sind sie in l. 16. C. de poenis (9. 47.) ganz übergangen, wogegen Verdacht sehr häufig sich ergiebt, also darin gewiss nicht vergessen wäre, wenn er bei den Römern als Beweis gedient hätte.

Und was hat denn die Engherzigkeit aus der herrlichen l. 5. pr. D. de poenis (48. 19.) machen wollen? Sie soll nur von leichtem Verdacht spre-

56) Koch l. c. §. 733. not. 3.

57) N. Arch. d. Cr.-R. VII. p. 583.

chen, Condemnation auf hohen Verdacht aber keinesweges ausschliefsen, als ob die Römischen Richter einer Erinnerung bedurft hätten, dass sie auf ersteren nicht condemniren dürften, sie, die doch wussten, dass schon ein sehr hoher Verdacht erforderlich sei, um zur Tortur zu schreiten, und solches auf die Aussage *eines* Zeugen nicht einmal angehe [58]), und als ob eine Gesetzgebung, die wegen hohen Verdachts Tortur verfügt, zugleich wegen desselben sofortige Condemnation festsetzen könnte. Es soll vielmehr die schöne Maxime: »satius esse impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnare«, gerade den mit beträchtlichem Verdachte beladenen Unschuldigen schützen, da wohl bei den Römern kein Richter so unvernünftig war, dass er geneigt gewesen wäre, auf leichten Verdacht zu condemniren. Sie war der grofsartigen Denkungsart der Römer gemäfs. Auch Paulus in Sent. rec. L. 4. T. 12. §. 5. sagt: »Certe humanae rationis est, favere miserioribus et prope innocentes dicere, quos absolute nocentes pronunciare non possumus, et Scipio et Antonius dicebant, malle se unum civem servare, quam mille hostes occidere« [59]).

Man möchte sich dem angenehmen Wahne hingeben, in Deutschland sei diese Denkungsart auch noch jetzt, wie zu unserer Väter Zeiten, gewöhnlich, wenn man dasjenige liest, was im N. Arch. d.

---

58) l. 20 D. de quaest. (48. 18.) l. 9. C. de testibus. (4. 20.)

59) Capitolinus in Antonio. Friedrich II., König von Preufsen, äufsert sich eben so in den Oeuvres posthumes, T. 8. p. 430.: »Il faut suivre la maxime, qui veut qu'on sauve un coupable plutôt que de punir un innocent.«

Crim.-R. XII. p. 120. 121. gelegentlich gleichsam als notorisch angeführt wird, und einen unbefangenen Commentar unseres Gesetzes enthält. Jedermann, heifst es nämlich daselbst, findet es sogar ganz natürlich, dass man einen Menschen, den man einer angeschuldigten That nicht rechtlich überführen kann, freispricht, wenn auch noch so viele menschliche Vermuthungen dafür vorhanden sind, dass er die That begangen habe. Man beruhigt sich mit dem Gedanken, dass Alles geschehen sei, was nach menschlichen Kräften und Einsichten zur Sicherheit des Gesammtinteresse und Aufrechterhaltung dessen Integrität habe geschehen können, und dass bei der Unvollkommenheit der menschlichen Einrichtungen und der Unfähigkeit, in das Innere der Menschen zu schauen, es besser sei, ein Schuldiger entgehe der verdienten Ahndung der Verletzung der bestehenden Gesetze, als dass ein Unschuldiger auf blofsen vielleicht ungegründeten und auf Täuschungen beruhenden Verdacht hin verurtheilt werde.

Manche Deutsche Juristen finden aber dies Natürliche nicht natürlich, diese Beruhigung nicht beruhigend, und glauben nicht selten, so sicher sich im Innern des Menschen zurecht finden zu können, als ob sie es selbst gemacht hätten. Indess wollen sie l. 25. C. de prob. von Verdachtsgründen verstehen; so sieht man wieder keinen Grund, warum sie glauben, dass dieses Gesetz eine Mehrheit dieser Verdachtsgründe erfordere. Denn dasselbe giebt allen Anklägern in allen Sachen eine allgemeine Vorschrift, und spricht daher von den Beweismitteln im Plural, ohne dass man daraus schliefsen kann, dass in jeder Sache mehrere derselben Art nöthig wären,

man also z. E. mit *einem* Documente keinen Beweis führen könne.

Nach dem bisher Ausgeführten kann es wohl nicht zweifelhaft sein, dass nach Römischem Rechte keine Condemnation auf Verdachtsgründe zulässig sei. Manche andere Argumente, welche man noch dafür anführt, sollen daher nur kurz berührt werden. Matthäus ad L. 48. D. T. 15. C. 6. n. 1. meint nämlich, in den in folgenden Gesetzen l. 1. §. 3. D. ad L. Cornel. de sicar. (48. 8), l. 2. D. de termino moto (47. 21), l. 3. C. de assessor. (1. 51.), Nov. 117. c. 15. und l. 34. C. ad L. Iul. de adulteriis (9. 9.) erwähnten einzelnen Fällen befehle der Gesetzgeber dem Richter aus *einem* Wahrscheinlichkeitsgrunde zu condemniren; also dürfe der Richter dies auch unbefohlen in anderen Fällen thun, wenn mehrere Wahrscheinlichkeitsgründe vorhanden wären. Auf welchen Gesetzen des Denkens dieses Argument beruhen soll, wird nicht angegeben, ist auch schwer einzusehen. Übrigens enthalten die beiden vorletzten Gesetze nichts anders als Strafen verbotener Handlungen, und die beiden ersten beurtheilen die Absicht des Handelnden aus den Umständen, was auch dem Richter obliegt. I. H. Boehmer in I. E. P. T. 4. p. 614. nimmt an, l. 3. §. 2. D. de testib. (22. 5.) beziehe sich nicht blofs auf die Beurtheilung der Zeugenaussagen, sondern auf den Beweis durch Argumente überhaupt, und überlasse deren Beurtheilung lediglich dem Richter. Der Inhalt dieses Rescripts ist freilich so allgemein gefasst, dass man es von Verwerfung aller und jeder Beweistheorie verstehen könnte, was aber dem übrigen Inhalte des Römischen Rechts und der Tendenz Justinians, den

Gefahren richterlicher Willkür entgegen zu arbeiten [60]), zuwider wäre. Es ist sonach auf den Gegenstand, worüber rescribirt wurde (de excutienda fide testium), zu beschränken, würde indess, wie man es auch verstehen mag, den Richter niemals berechtigen, Verdacht für Beweis zu nehmen.

Endlich nimmt man noch [61]) seine Zuflucht zu den Römischen Lehrern der Redekunst, Cicero und Quintilian, welche riethen, die schwachen Gründe in möglichst grofser Zahl zusammenzustellen, damit sie durch ihre Menge würkten (wenn gleich nicht wie der Blitz, doch wie der Hagel, sagt Quintilian) und es scheine, als ob das nur Wahrscheinliche würklich gewiss sei. Es gehört auch allerdings zu den gewöhnlichen Kunstgriffen, Andern Schein statt Wahrheit zu verkaufen, und sie dahin zu bringen, dass sie Überredung für Überzeugung halten [62]), der: man bringe eine Menge von Gründen zusammen, und suche durch die Menge derselben den Mangel der Stärke (durch die Quantität die Qualität) zu ersetzen [63]). Dazu wurden denn auch natürlich bei den Römern die gerichtlichen Redner angeleitet, besonders da sie nicht allein gute, sondern auch schlechte oder zweifelhafte Sachen zu vertheidigen übernahmen [64]). Mit dem mehrsten Glück übte man

---

60) Arch. f. d. civilist. Praxis. V. p. 326.

61) Matthäus l. c. n. 1. I. H. Boehmer I. E. P. IV. p. 613. 614. Mittermaier a. a. O. II. p. 492. 493.

62) Cicero de inventione L. 2. C. 16. de oratore L. 1. C. 10. 34. 51. 53. L. 2. C. 41. 45. 49.

63) Kiesewetter a. a. O. Th. 2. (A. 2.) p. 482. 485.

64) Rhetor. ad Herenn. L. 1. C. 3. Cicero de inventione L. 1. C. 15. 17.

diese Kunstgriffe wohl in Strafsachen zur Zeit der freien Republik. Von der einen Seite behauptete man dann: »suspicionibus credi oportere«; von der andern: »non oportere« [65]); von der einen: »cum multa concurrant argumenta et signa, quae inter se consentiant, rem perspicuam non suspiciosam videri oportere, item plus oportere signis et argumentis credi quam testibus, haec enim eo modo exponi, quo revera sint gesta, testes corrumpi posse vel pretio vel gratia vel metu vel simultate;« von der andern: »nullam rem esse, quam non suspicionibus quivis possit criminari, indignum esse facinus, sine testibus coniecturam et suspicionem firmamenti satis habere [66]), multa esse falsa, quae tamen argui suspiciose possint« [67]).

Zweck und Würkung jener Redekünste ersieht man aus Cicero de oratore L. 2. C. 42., wo es heifst: »Nihil est in dicendo maius, quam ut faveat oratori is, qui audiet, utque ipse sic moveatur, ut impetu quodam animi et perturbatione magis, quam iudicio aut consilio regatur. Plura enim multo homines iudicant odio aut amore aut cupiditate aut iracundia aut dolore aut laetitia aut spe aut timore aut errore aut aliqua permotione mentis quam veritate aut praescripto aut iuris norma aliqua aut iudicii formula aut legibus.« Daher sagt er in der Rede für Cluentius c. 50.: »Errat vehementer, si quis in orationibus nostris, quas in iudiciis habuimus, auctoritates nostras consignatas se habere arbitratur. Omnes enim illae orationes causarum et

---

65) Cicero de invent. L. 2. C. 16.
66) Rhetor. ad Herenn. L. 2. C. 7.
67) Cicero pro Sex. Roscio Amerino C. 28.

temporum sunt non hominum ipsorum ac patronorum. Nam si causae ipsae pro se loqui possent, nemo adhiberet oratorem. Nunc adhibemur, ut ea dicamus, non quae nostra auctoritate constituantur, sed quae ex re ipsa causaque ducantur.«

Allein wie kann aus den Kunstgriffen der Römischen Redner folgen, dass die Richter wegen solcher schlechten Gründe etwas für wahr halten durften oder gar mussten, und dies selbst zu Justinians Zeiten, dessen Sammlung sich so sehr gegen Condemnation auf Verdacht erklärt?

Das Canonische Recht, welches die l. 25. C. de prob. (4. 19.) c. 2. C. 2. qu. 8. wörtlich aufgenommen hat, verbietet ebenfalls wiederholt, Jemanden auf Verdacht, auch den stärksten, zu condemniren, weil dies dem ersten christlichen Gebote, wornach man seinen Nebenmenschen nicht anders behandeln solle, als man selbst behandelt zu sein wünsche, zuwider sei. Man solle das, was man nicht an den Tag bringen könne, dem höchsten Richterstuhle Gottes überlassen [68]).

5) Man will behaupten, die Wahrscheinlichkeit sei unter gewissen Umständen Gewissheit.

Bei Gelegenheit der obigen in Deutschland nicht ungewöhnlichen Versuche, ein deutliches Gesetz (C. C. C. a. 22.) vermittelst angeblicher Auslegung zu beseitigen, wurde denn auch viel über die Natur der Sache verhandelt. Über die Frage: was ist

---

68) c. 13. 18. 20. C. II. Qu. 1. c. 14. X. de praes. (2. 23.)

Wahrheit? womit Pontius Pilatus unmittelbar vor der ungerechten Verdammung des Stifters der christlichen Religion sich vernehmen liefs, erhoben sich unendliche Räsonnements [69]). Wäre durch letztere überhaupt Deutscher Gesetzgebung und Justiz aufzuhelfen, gewiss sie müssten in neuerer Zeit merklicher gewonnen haben, als es der Fall ist.

Die Verlegenheit, worin man sich durch die Abschaffung der Tortur befand, führte nach dem N. Arch. d. Crim. R. VIII. p. 130. 131. auf Bejahung der Frage, ob man auch auf Verdacht strafen könne? und, um diese Antwort zu motiviren, war es gewiss consequent, möglichst die Wahrscheinlichkeit zu erheben und die Gewissheit herabzusetzen, sowie man vorher die Erfordernisse der Gewissheit unnatürlich gesteigert hatte, um die ordentlichen Strafen der älteren harten Criminalgesetze soviel als möglich zu umgehen [70]). Hier kamen einige schon fast gewöhnlich gewordene Vorstellungsarten der Rechtsgelehrten sehr zu Statten. Diese sprachen nämlich davon, dass man aus Vermuthungsgründen auf das Verbrechen oder den Thäter *schliefsen* könne [71]), dass dies eine logische Operation sei [72]), und dass der Umstand, woraus man eine Vermuthung schöpfe, mit der That oder dem Thäter in Zusam-

---

69) Evang. Joh. XVIII. 38. N. Arch. des Cr.-R. VIII. 98. 558.

70) N. Arch. des Cr.-R. VIII. 559. 560.

71) Feuerbach a. a. O. §. 547. Mittermaier a. a. O. II. p. 432. Martin a. a. O. §. 84. 86. Stübel a. a. O. §. 243. 356. Pfeiffer a. a. O. II. p. 433. N. Arch. des Cr.-R. III. 106. VII. 53. 54. 211. VIII. 586.

72) N. Arch. des Cr.-R. III. 103—105. 123. VII. 211.

menhange stehe [73]). Allein gewiss weifs keine Logik etwas davon, man könne daraus, dass Etwas leicht möglich ist, schliefsen, dass es würklich sei, und der Zusammenhang des indicii mit der That oder dem Thäter bildet sich nur im Kopfe des Vermuthenden, während es ungewiss bleibt, ob er in der Würklichkeit vorhanden sei. Nun gab es aber ebenfalls Thatsachen, woraus man auf andere nach den Gesetzen des Denkens würklich schliefsen kann, weil die Verbindung zwischen der bewiesenen und der eigentlich zu beweisenden eine nothwendige ist [73]) (argumenta necessaria [75]). Si e. g. maritus abfuit per decennium et reversus anniculum invenit in domo sua [76]); so ist dies ein argumentum necessarium des von der Frau begangenen Ehebruchs. Wer beweist, dass er sich zur Zeit des Verbrechens an einem andern Orte befand, thut dar, dass er dasselbe nicht begehen konnte, also unschuldig sei [77]). Diese Schlüsse sind natürlich keine Vermuthungen; sondern künstlicher Beweis [78]) und können daher mit Vermuthungen gar nicht in eine Classe gesetzt werden. Cicero sagt de inventione L. 1. c. 46.: »Simplex autem conclusio reprehenditur, si id, quod sequitur, non videatur necessario cum eo, quod ante-

---

73) Feuerbach a. a. O. §. 547. N. Arch. d. Cr.-R. III. 121. VII. 53. 54. 65. Stübel a. a. O. §. 356.

74) Grolmann a. a. O. §. 431.

75) Matthäus ad L. 48. D. T. 15. C. 6. nr. 1. Lauterbach in C. T. P. L. 48. T. 18. §. 12. 13.

76) l. 6. D. de his, qui sui v. alieni iur. sunt (1. 6.).

77) Andere Beispiele s. bei Grolmann a. a. O. §. 456. not. a. u. im N. Arch. d. Cr.-R. VII. 213. 214.

78) Lauterbach a. a. O. §. 13.

cessit, cohaerere. Nam hoc quidem: si spiritum ducit, vivit: si dies est, lucet: eiusmodi est, ut cum priore necessario posterius cohaerere videatur. Hoc autem, si mater est, diligit: si aliquando peccavit, numquam corrigetur: sic conveniet reprehendi, ut demonstretur, non necessario cum priori posterius cohaerere.« Dessenungeachtet machten die meisten neueren Rechtsgelehrten den künstlichen Beweis zu einem Beweise aus Vermuthungen [79]) (erkünstelt möchte man diesen eher nennen), und da jene richtigen Schlüsse doch auch einen Beweis gaben; so mussten sie sich als Vermuthungen mit einschieben lassen. Dies geschieht z. E. wegen des alibi [80]) und wegen des Schlusses von der Schwangerschaft auf Beischlaf [81]). Dass es solche argumenta necessaria giebt und diese die argumenta probabilia sofort in ihr klares Licht setzen, muss natürlich den Anhängern des Beweises durch Verdacht nicht angenehm sein. Stübel a. a. O. §. 252. will sie auch nicht passiren lassen, weil Mangelhaftigkeit unserer Erfahrung immerhin zu fürchten sei. Daher liefse es sich z. E. denken, dass unsere bisherige Erfahrung, wornach keine Frauensperson ohne fleischliche Vermischung mit einer Mannsperson geschwängert werde, noch eine Berichtigung erhielte. Anders Cicero de inventione L. 1. C. 29.: »Omnis autem argumentatio etc. aut probabilis aut necessaria debebit esse etc. Necessarie demonstrantur ea, quae

---

79) Feuerbach a. a. O. §. 569. Pfeiffer a. a. O. II. 433. 446. 447. N. Arch. d. Cr.-R. III. p. 102 f.

80) Martin a. a. O. §. 90. not. 7.

81) Mittermaier a. a. O. II. p. 450.

aliter, ac dicuntur, nec fieri nec probari possunt hoc modo, si peperit, cum viro concubuit.« Kleinschrod, obgleich selbst ein Anhänger des Verdachtsbeweises, wundert sich zwar über diese Behauptung Stübels [82]). Allein sie ist ganz consequent. Ist nämlich Nichts in der Welt durch Erfahrung gewiss, nicht einmal der Tod, so steigt der Verdacht dadurch im Werthe. Doch scheint dies nur so: denn demjenigen, was wir aus vielen Millionen Fällen, welche sich von jeher so ereigneten, durch Induction schliefsen, müssen wir diejenige Gewissheit zuschreiben, deren Gegenstände der Erfahrung fähig sind, und diese Gewissheit ist himmelweit vom Verdachte verschieden [83]). Ungeachtet man nun beim Verdachte nie Hoffnung haben kann, zur Gewissheit auf diesem Wege zu gelangen [84]); so wurde ja doch von einem Beweise durch Verdacht in der Rechtstheorie geredet, und dieser bestand aus Schlüssen. Warum sollte also ein solcher Beweis dem Richter nicht geführt und dieser dadurch nicht überzeugt werden können [85b])? Dass man glaubte, auf Letzteres käme es eigentlich nur an, dazu gab wohl die Definition des Beweises, als das Hervorbringen der Überzeugung des Richters, die Veranlassung [85a]). Die Beweistheorie beruhet aber auf Philosophie und erfordert ein tiefes Eindringen in diese Wissenschaft; sodann auf allgemeiner Menschenkenntniss und Erfah-

---

82) N. Arch. d. Cr.-R. VII. p. 214.

83) Kiesewetter a. a. O. I. p. 323.

84) Mittermaier a. a. O. II. p. 435.

85*a*) N. Arch. d. Cr.-R. V. p. 634. VII. p. 223.

85*b*) Arch. für d. civil. Prax. I. p. 28. f. Stübel a. a. O. §. 232.

rung, und liefert dergestalt die Gründe des Beweises als Folgerungen aus allgemein als wahr anerkannten Sätzen. Für die meisten Richter sind die philosophischen Wissenschaften ein fremdes Feld, und ihre Erfahrung beschränkt sich auf einen kurzen Zeitraum. Ihre Gabe, zu beobachten und zu abstrahiren, ist wenig zuverlässig, so dass sie leicht ihrer Phantasie Spielraum lassen und Gefühle mit Gründen verwechseln. Andere sind gegen Parteilichkeit, z. E. aus Furcht vor der Gefährlichkeit des Angeschuldigten, vor Anstöfsigkeit einer Absolution, vor mehrerer Arbeit, gegen Leidenschaft, Vorurtheil, Befangenheit nicht geschützt genug, oder in unseren egoistischen Zeiten wohl gar ganz gleichgültig rücksichtlich ihres Berufs. Hier muss also der Staat soviel, als möglich, durch Festsetzung der Charaktere, aus welchen die Wahrheit erkannt werden soll, einer gefährlichen Willkür zuvorkommen und dergestalt Mafsregeln ergreifen, damit die Justiz für Jedermann auf die sicherste Weise verwaltet werde, wozu derselbe vermöge des Grundvertrags verbunden ist [86]). Dies ist vor allen Dingen wegen deren grofser Wichtigkeit bei Criminalsachen nöthig. Existirt nun eine solche gesetzliche Beweistheorie, wie dies in Deutschland seit Jahrhunderten der Fall war; so ist nicht die Überzeugung des Richters Zweck des Beweises; sondern die formelle Darstellung der Gewissheit, wie sie das Gesetz fordert. Ist diese vorhanden; so kommt auf die subjective Überzeugung des Richters gar nichts an. Er muss das gesetzlich für bewiesen zu Haltende als bewiesen an-

86) De Vattel Le droit des gens. I. p. 262. 263.

nehmen, wenn er auch nicht überzeugt ist, und eben so umgekehrt das gesetzlich nicht Bewiesene für nicht bewiesen, wenn er sich auch von dessen Wahrheit überzeugt hält. Deshalb heifst es in C. O. C. P. 1. T. 19. pr.: »Die Beisitzer des Cammergerichts sollen in keiner Sache u. s. w. allein auf ihr Gutbedünken u. s. w. oder eigen Fürgenommen und nicht den Rechten gemäfs informirten Gewissen u. s. w. Urtheil fassen und aussprechen.«

Dass nun ein völliger Verdachtsbeweis zu Stande komme, dazu soll erforderlich sein:

1) dass mehrere Verdachtsgründe vorhanden sind [87]). Man fordert wohl mehr als vier [88]), oder begnügt sich mit zwei [89]). Auch ist wohl hin und wieder von starken Indicien [90]) und keinen oder keinen erheblichen Gegenindicien die Rede [91]);

2) diese Verdachtsgründe müssen sich unterstützen, zusammenhängen [92]), oder (technisch gesprochen) in einander greifen [93]), auf natürliche Art in

---

87) Hitzig a. a. O. XX. p. 332. N. Arch. d. Cr.-R. VII. 67. 68. 226. Pfeiffer a. a. O. II. p. 434 f. Matthäus ad L. 48. D. T. 15. c. 6. n. 1.

88) N. Arch. d. Cr.-R. VII. p. 226.

89) Pfeiffer a. a. O.

90) Hitzig a. a. O.

91) Pfeiffer a. a. O., wo indess in einem Falle p. 451 f. bei Verurtheilung zu lebenslänglicher Eisenstrafe 1ter Classe auf das Gegenindicium sehr günstiger Zeugnisse über Inquisitens vorherigen Lebenswandel von dem Prediger und den Ortsvorgesetzten keine Rücksicht genommen wurde. Hitzig a. a. O.

92) N. Arch. d. Cr.-R. VII. 68.

93) Hitzig XIX. 56. 57. N. Arch. des Crim.-R. III. 124. Pfeiffer II. 435.

einander greifend sich dergestalt unterstützen und ergänzen, dass die einzelnen Lichtstrahlen, die von verschiedenen Seiten ausgehen, leicht in einen Brennpunct sich sammeln und hier nun die volle Wahrheit über die Hauptsache ausströmen lassen [94]);

3) muss, ohne dass erfordert werde, das Gegentheil der Schuld des Angeklagten sei gar nicht denkbar [95]), der jedesmalige Richter finden, dass er dasselbe nicht annehmen könne. Als dasjenige, was ihn dazu bewegt, geben Einige nur überhaupt vernünftige Gründe an [96]), das Vernünftigerweise, das heifse aus Gründen [97]), den durch Erfahrung gereiften gesunden Menschenverstand [98]), Andere den gewöhnlichen ordentlichen, gemeinen Lauf der Dinge [99]), noch Andere, wenn der Richter keine andere Hypothese machen kann [100]), denen jedoch diejenigen widersprechen, welche auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge gesehen haben wollen [101]).

6) Auf diese Weise würde der ganze Criminalbeweis der richterlichen Willkür anheimfallen, was dem Staatszwecke zuwider wäre.

Aus Obigem erhellt wohl schon hinlänglich, dass auf diese Weise der ganze Beweis in Criminalsachen

---

94) N. Arch. d. Cr.-R. III. 121.
95) N. Arch. d. Cr.-R. V. 539. VIII. 573. Hitzig 1830. B. 2. p. 325.
96) Hitzig a. a. O.
97) Hitzig XX. 335.
98) N. Arch. d. Cr.-R. III. p. 107.
99) N. Arch. d. Cr.-R. III. 105. 119. 121.
100) Feuerbach a. a. O. §. 572.
101) Stübel a. a. O. §. 272.

der Willkür des Richters anheim gegeben wird. Es wird zwar davon gesprochen, dass die Construction dieses Beweises eine logische Operation sei [102]). Aber es gehört die Lehre von der Wahrscheinlichkeit nicht in die Logik, weil es unmöglich ist, die Urtheilskraft durch Regeln zu leiten [103]). Daher hatte die Carolina wohl Recht, dass sie zum Behuf der Tortur nur Beispiele von Anzeigungen gab [104]) und das Übrige dem Ermessen des verständigen Richters in concreto überliefs [105]). Selbst die Gönner des Verdachtsbeweises geben zu, dass er wenigstens keine genau bestimmten Regeln zulasse, und bei demselben das Meiste auf Ermessen des Richters ankomme [106]).

ad 1. Sollen mehrere Anzeigungen vorhanden sein. Allein schon über Existenz der einzelnen Indicien haben scharfsichtige Männer die verschiedensten Ansichten, wovon im Folgenden nur einige Beispiele angeführt werden sollen.

Die allgemeinen, aus dem Charakter des Angeklagten, 1) dessen schlimmen Lebenswandel, 2) verdächtigem Umgange mit Verbrechern, 3) Müssiggange und herumschweifender Lebensart mit unerklärlichem Aufwande, 4) Gewohnheit in dieser Art unerlaubter Handlungen, welche Einige annehmen, halten Andere für gar keine selbstständigen Indicien, sondern nur für eine Bestärkung schon vorhande-

---

102) Mittermaier a. a. O. II. 433. Martin a. a. O. §. 86.
103) Kiesewetter a. a. O. I. §. 298.
104) vergl. Feuerbach a. a. O. §. 547. not. a. §. 550. not. a.
105) C. C. C. a. 18. 24. 27. 28. Koch l. c. §. 737. Dantz Summar. Proc. (A. 2.) §. 194. Kress ad C. C. C. (A. 1721.) p. 37. 38. 44.
106) Hitzig XIX. 61. XX. 332. N. Arch. d. Cr.-R. VI. 260.

ner Anzeigungen [107]). Die Carolina statuirt dagegen wegen N. 2. 3. 4. würkliche Anzeigungen [108]), Art. 25. sogar den üblen Ruf als Indicium [109]). Wegen N. 4. scheint c. 8. de R. I. in 6to beizustimmen. Das Oldenburgische Strafgesetzbuch von 1814 bestimmt wegen Nr. 3. dasselbe [110]), das Gegentheil aber wegen der Indicien sub Nr. 1. 2. 4., als nicht selbstständig [111]). Doch nach den neuen Bestimmungen zu diesem Strafgesetzbuche v. 1821. ad art. 811*b*. kann es einer nahen Anzeigung gleichgeachtet werden, wenn der Angeschuldigte schon vorher wegen eines Verbrechens oder Vergehens derselben, oder ähnlicher Art bestraft oder nur von der Instanz entlassen ist, oder noch der Untersuchung unterliegt und kein freisprechendes Erkenntniss erhält [112]), oder wenn sonst gegen ihn erbracht ist, dass er durch seine Aufführung ein solcher ist, zu dem man sich der That, von deren Bestrafung die Rede ist, wohl versehen kann. So sehr hatten sich die Ansichten in 7 Jahren verändert, dass, was zuvor gar keinen Verdacht hervorbrachte, nunmehr einen hohen Verdacht begründet.

Das Entfärben, Stottern, Zittern des Angeschul-

---

107) N. Arch. d. Cr.-R. VII. 56—59. 66.; wegen Nr. 1. insonderheit I. p. 92.

108) A. 25. §. 4. A. 39. A. 25. §. 1.

109) s. dagegen Leyser Sp. 634. m. 4. 5.

110) A. 798. n. 1.

111) A. 796.

112) Darnach scheint von mehreren zugleich gegen Jemanden anhängigen Untersuchungen die eine der andern aushelfen zu können.

digten halten Einige für Indicien [113]). Das Oldenburgische Strafgesetzbuch a. 796. verwirft dies und lässt deshalb nur eine Bestärkung von Indicien zu [114]).

Über die Aussage des Schuldigen gegen einen angeblichen Mitschuldigen haben seit den Zeiten der Römer, welche sie gar nicht einmal anhören wollten [115]), sehr verschiedene Ansichten Statt gefunden [116]), bis es endlich so weit gekommen ist, dass zwei Spitzbuben, etwa inimici supplicio in ipsa supremorum suorum sorte satiandi, wie es l. 17. C. de accusat. (9. 2.) heifst, unter gewissen schwer zu erkennenden Umständen, z. E. der Reue, mangelnder Feindschaft [117]), durch ihre Aussage Jemanden sogar auf das Schaffot bringen können [118]).

Die Wahrscheinlichkeit kann wohl aus verschiedenen Momenten hervorgehen. Allein diese in allen Fällen als selbstständige Verdachtsgründe zählen zu wollen, scheint sehr schwierig und unsicher. Es kann daher ein Richter, besonders wenn er auf den Beweis recht erpicht ist, aus *einem* indicio leicht mehrere machen. Matthäus [119]) will durchaus be-

---

113) N. Arch. d. Cr.-R. VII. p. 58., auch wohl Feuerbach a. a. O. §. 558*b*. Cicero in Top. C. 12. scheint dies ebenfalls anzunehmen.

114) Womit übereinstimmt N. Arch. des Crim.-R. I. p. 345. Leyser Sp. 634. m. 1.

115) l. fin. C. de accusat. (9. 2.) l. 16. §. 1. D. de quaest. (48. 18.)

116) C. C. C. a. 31. Müller in Prompt. voc. Complex. Inculpatio. N. Arch. d. Cr.-R. VII. 59.

117) N. Arch. d. Cr.-R. VII. p. 64.

118) Oldenb. Str.-G.-B. a. 767.

119) ad L. 48. D. T. 16. C. 3. n. 11.

weisen, dass auf *ein* Indicium nicht gefoltert werden könne, und macht daher aus der Anzeigung, dass die gestohlene Sache bei Jemanden gefunden worden ist, der seinen Auctor nicht benennen kann, gleich zwei, obgleich der erste Umstand ohne den zweiten gar noch keinen Verdacht begründet.

Die *bloſse* Gegenwart einer Person um die Zeit und an dem Orte des begangenen Verbrechens ist in dem Old. Str.-G.-B. a. 794. n. 1. nach Feuerbach a. a. O. §. 554. zu den Indicien (freilich mit Unrecht) gezählt. Hält sich nun der Richter streng daran; so bekommt er bei *verdächtiger* Gegenwart zwei Indicien, ungeachtet es nur eins ist [120]).

In einem Falle, worin Jemand verdächtig wurde, einen Ehemann ermordet zu haben, um dessen Frau zu heurathen, wurde bei Pfeiffer a. a. O. II. p. 444. 445. der erste vorausgehende Verdachtsgrund aus dem sträflichen Umgange des Inquisiten mit der Ehefrau des Ermordeten, und der zweite aus seiner Theilnahme an Streitigkeiten, welche dieser Umgang zwischen den Eheleuten veranlasste, zu Gunsten der Frau und seinem Versuche, den Ehemann wegen der ihm über diesen Umgang gemachten Vorwürfe mit einem armsdicken Knüppel zu schlagen, hergenommen. Mancher Richter hätte hierin wohl nur *ein* Indicium, den von dem Ehemanne nicht mit Geduld ertragenen verbotenen Umgang, gesehen. Mancher möchte auch drei daraus gemacht haben, indem er die in dem zweiten enthaltenen beiden verschiedenen Momente noch wieder trennte.

Die Abwesenheit des Angeschuldigten von sei-

---

120) C. C. C. a. 25. §. 2. N. Arch. d. Cr.-R. VII. p. 64.

nem gewöhnlichen Aufenthaltsorte zu der Zeit, als die That begangen wurde, kann nicht an sich, sondern nur dann ein Verdachtsgrund sein, wenn sie auf die Vermuthung führt, dass er damals am Orte der That war, was unter andern der Fall ist, wenn seine Angabe des Orts, wo er damals war, unrichtig befunden wird. Dennoch hat hier als zwei Indicien 1) die Abwesenheit, 2) jene erwiesene Unrichtigkeit Pfeiffer a. a. O. II. p. 445.

Solche Umstände, welche keine selbständigen Indicien sind, sondern nur zur Bestärkung dienen, können ebenfalls leicht veranlassen, dass der eine Richter ein oder einige Indicien mehr erhält, als der andere. Matthäus [121]) äufsert in seinem obigen Eifer, seinen Satz, dass *ein* Indicium zur Tortur nicht hinreiche, zu beweisen, von seinen Gegnern: »Etenim postquam dixerunt, est hoc indicium solum ad torturam sufficiens, mox quasi corrigentes, quod dixerant, adiiciunt, si tamen accedant alia adminicula. Atqui, quae illi adminicula vocant, ea ipsa nihil aliud sunt, quam indicia et argumenta verisimilia, quare non recte dicunt, sola ad torquendum sufficere, quae modo enumeravimus.« Wie leicht wird ein Richter in seinem Eifer, zu beweisen, dasselbe sagen!

Wird endlich die Vermuthung als eine Einheit gezählt; so sollte man denken, die Vermuthung der Vermuthung (indicium indicii) könne gar keine Gröfse geben, wenn man nicht etwa Brüche zulassen will. Im N. Arch. d. Crim.-R. III. p. 120. wird behauptet, blofse Vermuthungen einer Anzeige gäben noch gar keine Grundlage für einen künstlichen Be-

121) ad L. 48. D. T. 16. C. 3. n. 7.

weis, und hinzugefügt: »Wie ganz im unbestimmten weiten Reiche der Möglichkeiten der Richter auf einem solchen Boden noch wandle, bedürfe keiner näheren Erörterung.« Dennoch werden solche von manchen Richtern nicht allein zugelassen werden; sondern sie werden nun auch zwei indicia indicii als zwei Anzeigen rechnen, während das indicium, auf welches sie bezogen werden, nur eine Einheit ist. So wird 1) die Abwesenheit vom Hause, und 2) dass der Angeklagte sich darüber nicht ausweisen kann, auf die Gegenwart am Orte der That bezogen, welche letztere doch selbst nur Eine Vermuthung liefern kann [122]). Dennoch sind bei Pfeiffer a. a. O. II. p. 445b. 1. 2. zwei Anzeigungen daraus formirt, unerachtet auch er p. 434. annimmt, indicia indicii gäben gar keine Grundlage für einen künstlichen Beweis. Man könnte dergestalt aus zusammentreffenden Fufsstapfen, dem Finden einer Sache und der verdächtigen Abwesenheit von Hause, drei Indicien erhalten, während doch die Gegenwart am Orte der That, welche jene Umstände nur vermuthen lassen [123]), wenn sie erwiesen ist, blofs *ein* indicium giebt.

ad 2. Unter dem Ineinandergreifen der Vermuthungen kann dasjenige Verhältniss nicht gemeint sein, wovon Thibaut a. a. O. §. 1145. spricht, wenn nämlich zwar von mehreren Thatumständen jeder, einzeln betrachtet, nur Wahrscheinlichkeit begründet, indess das in jeder solchen Wahrscheinlichkeit liegende Gewisse das Ungewisse in der andern auf-

---

122) Oldenb. Str.-G.-B. a. 794.

123) ebendas. u. N. Arch. des Cr.-R. VII. p. 61.

hebt und so durch wechselseitiges Eingreifen alles Ungewisse entfernt wird. Denn in diesem Falle entsteht ein argumentum necessarium, ein würklicher künstlicher Beweis, wovon Grolmann a. a. O. §. 456. und not. a. ein Beispiel anführt. Soll es daher etwas anders sein, als dass die Anzeigungen sich gegenseitig unterstützen, wie bei der Wahrscheinlichkeit; so werden die Lichtstrahlen, welche dieses Ineinandergreifen ausstreuen soll, wohl eine dafür empfängliche subjective Sehkraft erfordern.

ad 3. Bei dem Zählen und Bemerken des Ineinandergreifens der Indicien soll nun beim Richter à l'avenant der Zustand entstehen, dass er die Unschuld des Angeklagten nicht mehr annehmen kann. Wie der gesunde Menschenverstand des jedesmaligen Richters, welcher vorausgesetzt wird, durch Erfahrung gereift sei, und welche Fertigkeit er hat oder Beruf er fühlt, Gegenhypothesen zu machen, worauf dies nach Einigen beruhen soll, hängt natürlich von seiner Persönlichkeit ab. Etwas mehr Bestimmtheit scheint es zu haben, wenn Andere sagen, das Gegentheil müsse dem gewöhnlichen, ordentlichen, gemeinen Laufe der Dinge nicht gemäfs sein. Aber auch, was der allgemein bekannte Lauf der Dinge sei, möchte schwerlich mit Gewissheit bestimmt werden können, heifst es im N. Arch. d. Cr.-R. VI. p. 40. 41. wohl mit vollem Rechte. Der Richter kann ihn also annehmen, wie es ihm beliebt. Insonderheit wird er seine Vorstellungen über die wahrscheinliche Handlungsweise des Angeschuldigten gewöhnlich von seinem eigenen Charakter hernehmen. Je nachdem er z. E. selbst muthig oder furchtsam, einfältig oder verschlagen,

vorsichtig oder leichtsinnig, dumm, klug, superklug ist, setzt er diese Eigenschaften gleichfalls bei dem Angeschuldigten voraus und beurtheit darnach dessen Handlungen.

Wenn sich die Menge der ineinandergreifenden Indicien soweit vermehrt, so soll bei dem jedesmaligen Richter das Gefühl seines Unvermögens, das Gegentheil der Schuld noch anzunehmen, entstehen. Dass dies Gefühl, welches man als unwiderstehlich, als ein unabweisliches, gleichsam instinktmäfsiges Wahrheitsgefühl bezeichnet, und dadurch an den Mysticismus unserer Zeit erinnert [124]), bei ihm da sei, kann er nur behaupten, nicht beweisen, also wegen seines Urtheils sich nicht rechtfertigen. Er kann nicht darthun, es sei Unrecht, dass ein Anderer dies Gefühl nicht habe, oder Recht, dass er es habe und ein Anderer deshalb Strafe leide. Wenn man ihm ein Indicium nach dem andern wegnähme; so würde er sehr verlegen sein, bei jedem Mal anzugeben, ob er das Gefühl noch habe, oder nicht. Stübel nimmt diese Operation a. a. O. §. 272. 279. vor, und behält zuletzt nur den Umstand, dass ein Mann ohne Gewerbe, der schon mehrmals gestohlen hatte, das Entwendete in seinem Bette versteckte und angab, dass ihm solches ein Unbekannter zum Aufheben übergeben habe, ohne dass das Gefühl weicht, dieser sei der Dieb (nicht einmal nur der Begünstiger), was wohl nicht bei Allen, die an ein solches Gefühl glauben, der Fall sein würde.

Und wie soll sich der Angeschuldigte vertheidigen? Kämpft der Staat mit Gründen gegen ihn; so

---

124) N. Arch. d. Cr.-R. V. p. 533. 534. 636.

kann er denselben Gründe entgegensetzen. Provocirt jener dagegen auf das Gefühl seiner Richter; so kann der Beklagte dagegen um so weniger etwas machen, als darauf vielleicht Dinge entscheidend einwürkten, woran Niemand dachte. Wenigstens müsste ihm daher der Richter vor der Condemnation notificiren, dass dieses Gefühl bei ihm vorhanden und wie es wohl entstanden sei, damit er sich noch bemühen könnte, demselben etwa durch rednerische Künste entgegen zu arbeiten. In einer höheren Instanz träte dasselbe ein, weil daselbst das Gefühl möglicherweise bei den Richtern auf andere Art entstehen könnte, als in der ersten.

Man scheint übrigens zu glauben, dass mit einem solchen Systeme wegen des sogenannten künstlichen Beweises noch irgend eine Beweistheorie bestehen könne und die Regeln über den natürlichen Beweis unangetastet blieben. Dem ist indess nicht so. Denn es wäre ein völliger Widerspruch und die höchste Inconsequenz, anzunehmen, dass eine Wahrscheinlichkeit und folgeweise das Gefühl des Unvermögens, die Schuld nicht anzunehmen, durch die Mittel des natürlichen Beweises nicht eben so gut gewürkt werden könnte, als auf andere Weise. Und ist dies der Fall, warum sollte auf erstere keine Rücksicht genommen werden dürfen? Mögen also immerhin, um nur einige Beispiele anzuführen, verdächtige, singuläre oder unbeeidigte Zeugen zum natürlichen Beweise Nichts beitragen. Der den vollständigen Verdachtsbeweis construirende Richter kann dennoch nicht umhin, ihre Aussagen als Wahrscheinlichkeitsgründe mit eintreten zu lassen, ja es können in diesem Fall, um die Verwirrung aufs

Höchste zu bringen, die Aussagen verdächtiger Zeugen eine noch stärkere Überzeugung bei ihm hervorbringen, als die unverdächtiger [125]). Durch singuläre Zeugen wurde ein Bekenntniss bewiesen bei Pfeiffer a. a. O. II. p. 452. f. Und welcher Richter, der einen Zeugen als einen höchst rechtlichen Mann kennt, wird bezweifeln, dass er die Wahrheit auch unbeeidigt gesagt habe? Ein im Rausch oder in einer Verstandesverwirrung abgelegtes Geständniss möchte hier einen Werth erhalten, den es beim natürlichen Beweise nicht hat, nach den aus dem gewöhnlichen, ordentlichen, gemeinen Laufe der Dinge hergenommenen Maximen: in vino veritas, und: Kinder und Narren sagen die Wahrheit, aus welchen sich ebenfalls eine vorzüglich starke Anzeigung aus den Aussagen der Kinder, Betrunkenen und Unverständigen herleiten lassen möchte, welche rücksichtlich des natürlichen Beweises ganz unfähige Zeugen sind. »Facit etiam«, sagt Cicero in Topic. C. 20., »necessitas fidem, quae etc. ab animis nascitur. Nam etc. quae a perturbationibus animi sunt, dolore, cupiditate, iracundia, metu, quia necessitatis vim habent, afferunt auctoritatem et fidem. Cuius generis etiam illa sunt, ex quibus nonnunquam verum invenitur, pueritia, somnus, imprudentia, vinolentia, insania.«

Aus allem Bisherigen erhellt daher wohl hinlänglich, dass, der Zweck möge gewesen sein, welcher er wolle, die Würkung der über den künstlichen Beweis aufgekommenen Grundsätze keine andere sein kann, als dass in Criminalsachen der Be-

125) Stübel a. a. O. §. 290. 291.

weis der Schuld völlig von der Willkür der jedesmaligen Richter abhängig gemacht wird, deren Persönlichkeit daher hauptsächlich in Betracht kommt, und die mancherlei Einflüssen zugänglich sind. Parteilichkeit, Befangenheit, Launen, Härte des Charakters und daraus entstehender Terrorismus, Unwille über das Verbrechen, leidenschaftlich erregte Stimmung, Vorurtheil gegen den Angeklagten, welches dem kleinsten Umstande Bedeutung giebt, Berücksichtigung der öffentlichen Stimme oder des Beifalls der Obern, Furcht vor Scandal, besonders wenn das Gericht erster Instanz schon condemnirte, oder ein eigentlich Freizusprechender hart behandelt worden war, unzeitiges Mitleid, vermeinte Billigkeit, alles dieses hat hier freien Spielraum. Subjective Ansichten und Maximen, wie sie aus einem bei dem Einen argwöhnischen, bei dem Andern unbefangenen Charakter oder aus früheren Eindrücken herrühren, die jedesmalige Stimmung werden zu falschen Räsonnements, zur Einseitigkeit, zu verschiedenen Ansichten über denselben Umstand zu verschiedenen Zeiten führen [126]), und da die Richter nicht selten dunkle, mehr fühlende als denkende Köpfe sind; so werden sie entscheiden, perinde ut afficiuntur, wie Kaiser Claudius [127]). Verschiedene Gerichte, ja dasselbe Gericht zu verschiedenen Zeiten, halten dann denselben Verdacht bald für genügend, bald für ungenügend. Die Gönner des Ver-

---

126) Man will in England bemerkt haben, dass die Richter strenger werden, je länger sie ihr Amt verwalten. N. Arch. d. Cr.-R. VI. 127.

127) Sueton in Claudio c. 14.

dachtsbeweises selbst geben zu, dass Willkür die Folge sein müsse, wenn nicht die auf diesem schlüpfrigen Boden sich befindenden Richter mit der gröfsten Unbefangenheit, Vorurtheilsfreiheit, strenger Gewissenhaftigkeit und stetem Gefühl von der Wichtigkeit ihres Berufs eine vorzüglich reife und geübte Urtheilskraft, grofsen Scharfsinn, gereifte Erfahrung, vielseitige Menschenkenntniss, Sachkenntniss und einen tactfesten logischen Schritt verbänden [128]). Diese Vereinigung ist aber nicht allein sehr selten, wie Hitzig a. a. O. einräumt, indem im Gegentheil, wie es im N. Arch. d. Cr. R. V. p. 535. heifst, die Mehrzahl der Richter auf dieser sublunarischen Welt als Köpfe und Charaktere mitleren Schlags sich zeigt und fernerhin zeigen wird; sondern würklich ein blofses Ideal, was eben deshalb in der Erscheinung nicht vorkommen kann. Und könnte es vorkommen; so dürften manche der erforderten Eigenschaften dem damit begabten Subjecte den guten Willen nehmen, sich mit dem Verdachtsbeweise zu befassen. Allein auch der Charakter eines Richters würde schwerlich seine ursprüngliche Güte behalten, wenn man ihm Willkür gestattete, und selbst der geschickteste Richter möchte hier vor Missgriffen wohl nicht sicher sein. Facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallit l. 2. D. de iur. et fact. ignor. (22. 6.), über welches Gesetz Donell. in comm. de iure civ. L. 1. C. 23. §. 2. sich folgendergestalt äufsert: »Et recte, id enim habet hanc sententiam, quae verissima est. Cum etiam tum, cum

---

128) Hitzig a. a. O. XIX. 61. A. d. Cr.-R. B. 4. St. 3. N. 4. N. Arch. d. Cr.-R. III. 117. 122. 333.

quid factum est aut quid praecessit, tamen quo animo factum sit aut quid inde sit secutum, etiam prudentissimi saepe coniicere non possint, coniicientes saepe coniectura et interpretatione sua fallantur: multo magis ipsa facta, cum a nobis ignorantur, etiam prudentissimos fallunt, qui divinare non possunt, quid factum sit.«

Feuerbach, doch gewiss einer unserer scharfsichtigsten Rechtsgelehrten, will a. a. O. §. 551. die Anzeigung aus der Billigung des Verbrechens durch das Axiom begründen: »man billigt nur die Handlung, die man selbst zu unternehmen fähig ist.« Sollte dieses aber nicht irrig sein, da zum Handeln wohl z. E. auch die Kraft gehört, viele also die Ermordung des Julius Caesar billigen könnten, ohne dass sie fähig wären, diese That zu begehen [129])? Wäre dies nun einem solchen Manne begegnet, wie will es unseren gewöhnlichen Criminalrichtern gehen? Auf welchen schwankenden und unzuverlässigen Gründen, auf wie häufig blofs einseitigen und scheinbaren Momenten kann das lediglich subjective Dafürhalten derselben gebauet sein, und welche Sicherheit giebt es gegen solche Einseitigkeiten oder ein auf blofsen Schein gestütztes Fürwahrhalten, mag man hier wohl nach Anleitung des N. Arch. d. Cr. R. IV. p. 612. sagen.

Der Staat tritt aber darum an die Stelle des rechtlosen Standes der Natur, damit die Bürger von der Willkür Einzelner befreiet und nach bleibenden Regeln behandelt werden sollen. Willkür wider-

---

129) Aliis consilium, aliis animus, aliis occasio defuit, voluntas nemini, Cicero in Philipp. II. c. 12.

streitet daher dem Begriffe des Staats und jedem Rechtsverhältnisse in demselben. Sie stehet dem Gesetze geradezu entgegen, welches letztere immer gerecht, unparteiisch und gleich durchgehend ist. Vor allen Dingen muss der Staat die Bürger nicht der Willkür und dem Despotismus der öffentlichen Behörden überlassen, sondern sie dagegen durch Gesetze schützen, damit ein Zustand entstehe, worin nach Cicero de legib. L. 3. C. 1. mit Wahrheit gesagt werden könne: »magistratum esse legem loquentem, legem autem mutum magistratum.« »Il seroit dangereux«, heifst es bei de Vattel le droit des gens Liv. 1. Chap. 13. §. 159., »de commettre les intérêts des citoyens au pur arbitre de ceux qui doivent rendre la justice: le législateur doit aider l'entendement des juges, forcer leurs préjugés et leurs penchans, assujettir leur volonté par des regles simples, fixes et certaines«. Darnach haben alle Völker gehandelt. Selbst die Chinesen wenden in ihrem Strafgesetzbuch Alles an, um dem Despotismus der öffentlichen Behörden zu begegnen [130]). Keine Regierung darf es daher zugeben, vielweniger anordnen, dass der Criminalrichter ungefesselt über die ganze Existenz des Bürgers, Leben, Ehre, Freiheit, Vermögen verfüge. Man würde statt: lieber eine minder vollkommene Gerechtigkeitspflege [131]); sagen können: lieber eine schwierigere Justiz: wenn Willkür überhaupt Justiz genannt werden könnte. Nichts Gräuelvolleres, als Willkür auf dem Gebiete der Rechtspflege [132]).

---

130) N. Arch. d. Cr.-R. V. 22.
131) N. Arch. d. Cr.-R. V. 274.
132) ebendas. VI. 208.

7) Es ist auch ungegründet, dass die Wahrscheinlichkeit unter den angegebenen Umständen Gewissheit werde.

Worauf soll es nun aber beruhen, dass auf die angegebene Weise ein vollständiger Beweis durch Verdacht entsteht?

1) Die Mehrheit der Verdachtsgründe kann es nicht machen. Denn dadurch entsteht nicht einmal absolut eine grössere Wahrscheinlichkeit, da bei dieser die Gründe für und wider eine Meinung ungleichartig sind, also oft ein einziger Grund zehn andern das Gleichgewicht hält [133]). Diese Gründe müssen daher nicht gezählt, sondern geschätzt oder gewogen werden. Noch weniger kann diese Mehrheit etwas zur Gewissheit beitragen, da ein jedes Indicium eine Ungewissheit, also für den Richter ein Nichts, enthält, aus mehreren Ungewissheiten aber so wenig eine Gewissheit, als aus mehreren Nichts eine Gröfse entstehen kann. Sodann ist

ad 3. die Rede davon, dass der Richter sein Unvermögen fühle, sich das Gegentheil nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge zu denken. Bei den Erörterungen darüber, wie rücksichtlich des Verdachtsbeweises die Möglichkeit des Gegentheils sich verhalten müsse, hat wohl Stübels Bestreitung der Möglichkeitstheorie zu grofsen Missgriffen die Veranlassung gegeben. Seine Deduction deshalb, welche ganz richtig sein wird, ist folgende: Wenn zwei Erscheinungen da sind, wovon nach der Erfahrung eine die andere verursacht; so ist es vernunftwidrig, nicht anzunehmen, dass dies auch in

---

133) Kiesewetter a. a. O. I. 468.

dem gegebenen Falle geschehen sei, weil die Unmöglichkeit, dass irgend eine andere Ursache gewürkt habe, nicht hergestellt werden kann. Urtheile, auf bloſse Möglichkeit gebaut, widersprechen der Theorie des Criminalbeweises und den Regeln des vernünftigen Denkens. A posse ad esse non valet consequentia. Der Beweis erfordert nicht, dass man das Gegentheil nicht als möglich denken könne, sondern nur, dass man Etwas als würklich annehmen, das Gegentheil nicht für wahr halten könne [134]). Dies wird dann auf einzelne Fälle angewandt, z. E. wenn eine Scheune eine Stunde nachher abbrannte, als Jemand brennenden Schwamm in denjenigen Theil derselben gelegt hatte, wo nachher das Feuer ausbrach [135]); wenn Jemand einem Andern eine tödtliche Wunde beibrachte und dieser bald darauf starb [136]); wenn Jemand ein lebendiges Kind in einen Fluss warf, das todt wieder herausgezogen wurde [137]); Einem durch einen Pistolenschuss den Hirnschädel zerschmetterte [138]). Dies Alles scheint aber unmöglich anders, als im völlig umgekehrten Sinne, auf den Verdachtsbeweis angewandt werden zu können, bei welchem gerade nicht eine Erscheinung mit der andern, sondern Erscheinung mit Nichterscheinung im Causalverhältnisse gedacht werden soll. Dass man aus Verdacht nicht auf Schuld, aus Schein nicht auf Würklichkeit schlieſsen könne, ist schon im Anfange dieser Abhandlung aus-

134) §. 169. 367. a. a. O.
135) §. 169.
136) §. 169.
137) §. 366.
138) §. 368.

geführt. Das Urtheil aus Verdacht kann nie weiter gehen, als dass es viel eher möglich sei, der Verdächtige sei schuldig, als, er sei nicht schuldig, bleibt also immer ein problematisches Urtheil, und so beweist ja gerade der von Stübel zum Grunde gelegte Satz: a posse ad esse non valet consequentia, dass bei diesem Urtheile das gerade Gegentheil seiner Deduction Statt haben müsse. Die Natur dieses Urtheils spricht es aus, dass noch nichts als gewiss anzunehmen sei, sondern dass man sich blofs im Reiche der Möglichkeiten befinde, worin das Eine das Andere überwiege. Von einem Gegentheile desjenigen, was man als wahr annimmt, kann daher keine Rede sein, weil man noch gar nichts als wahr annimmt. Lässt sich Jemand von keiner Besorgniss beunruhigen, dass das Unwahrscheinliche doch wahr sein könne [139]); so mag er nach dieser seiner Wagniss immerhin handeln, aber auf seine Gefahr und nicht auf Gefahr Anderer.

Sollte der Richter Alles als wahr und bewiesen annehmen, was dem gewöhnlichen Laufe der Dinge gemäfs ist; so müsste es seine Bestimmung sein, nicht allein Recht, sondern auch Unrecht zu sprechen; ersteres nur in der Regel, letzteres in den Ausnahmsfällen, was aber vernunftwidrig wäre, und dem Staatszwecke, das würkliche, nicht das wahrscheinliche Recht zu realisiren, widerspräche [140]). Es würde überflüssig sein, wenn man ausführen wollte, dass auch unser positives Recht nur auf Würklichkeit, nicht auf Schein Recht begründe. Indess mö-

---

139) N. Arch. d. Cr.-R. VIII. 567.

140) Borst über die Beweislast (A. 1.) §. 37. p. 61.

gen hier einige Beispiele stehen. So heifst es in l. 10. C. arbitr. tutel. (5. 51.): »Debitum autem aliis indiciis comprobari oportet. Nam quod neque ipse neque uxor eius quicquam ante administrationem habuerunt, non idoneum huius continet indicium. Nec enim pauperibus industria vel augmentum patrimonii, quod laboribus et multis casibus quaeritur, interdicendum est«; und in l. 10. C. de prob. (4. 19.): »Neque natales tui, licet ingenuum te probare possis, neque honores, quibus te functum esse, commemoras, idoneam probationem pro filiae tuae ingenuitate continent, cum nihil prohibeat, et te ingenuum et eam ancillam esse.«

Nach dem gewöhnlichen und regelmäfsigen Verlaufe sind die Schriftzüge zweier Personen sich nicht gleich und Schriftzüge nicht täuschend nachzumachen. Dessenungeachtet nimmt man wegen der Möglichkeit des Gegentheils an, dass Schriftvergleichung keine Gewissheit gebe [141]). Kinder werden in der Regel lebendig und lebensfähig geboren, und doch muss beides beim Kindermord in Gewissheit gesetzt werden, u. s. w. Stübel nimmt a. a. O. §. 167. eine Beschaffenheit unserer Erkenntnisse und Überzeugungen an, vermöge welcher wir das Gegentheil, ob es gleich möglich ist, nach vernünftigen Gründen und den Gesetzen des Denkens nicht für wahr halten können, und nennt dieselbe wahrscheinliche Gewissheit. Der völlige Widerspruch in dieser Benennung ist klar. Auf das Resultat der bisher erörterten Form des Verdachtsbeweises passt sie nicht, weil, wie ausgeführt, die Gesetze des Denkens eben

---

141) Arch. f. d. civil. Prax. II. 332.

verlangen, dass man dem Gegentheile die Wahrheit noch nicht abspreche. Eine Wahrscheinlichkeit, dem manche Neuere den Titel der Gewissheit beigelegt hätten, möchte man dieses Resultat wohl nennen können. Gewissheit aber ist eine würkliche, keine wahrscheinliche, Gewissheit und der Zustand des durch Gründe bestimmten Bewusstseins von der Nothwendigkeit eines Urtheils. Betrifft dieses Gegenstände der Anschauung; so heifst die Gewissheit eine empirische. Diese entsteht am vollkommensten durch eigene Erfahrung, und, weil diese in den meisten Fällen unmöglich ist, sodann durch die uns mitgetheilte Erfahrung Anderer (historische Gewissheit). Letztere entsteht dadurch, dass wir zur Beobachtung hinlänglich geschickten und glaubwürdigen Personen (wozu man auch den gestehenden Angeschuldigten selbst unter gehöriger Vorsicht rechnen muss [142]) glauben (historischer Glaube). Dieser Glaube gründet sich nicht darauf, dass dergleichen Personen in der Regel die Wahrheit sagen, wie man wohl behauptet, um Zeugenaussagen dem Verdachte gleichzusetzen [143]; sondern darauf, dass die Sittenlehre diesen Glauben befiehlt, weil ohne ihn die Menschheit ihre Zwecke nicht erfüllen könnte. Dieses Pflichtgebot ist sonach der überzeugende Grund, welcher hier die Gewissheit hervorbringt, und man könnte sie in dieser Rücksicht moralische Gewissheit nennen, wenn nicht diese Benennung wegen des Missbrauchs, welcher damit getrieben wird, um Wahrscheinlichkeit für Gewissheit auszugeben, gar zu verrufen wäre. Das Gegentheil die-

142) Mittermaier a. a. O. II. 296. Stübel §. 203. 213.

143) N. Arch. d. Cr.-R. V. 532. VII. 215.

ses Gewissen bleibt allerdings denkbar [144]), da die Zeugen Menschen sind, also den Richter durch bösen Willen oder Irrthum täuschen können [145]); obgleich dies besonders bei gehöriger Vorsicht in Criminalsachen sehr unwahrscheinlich ist [146]). Dies kann aber die historische Gewissheit, auf der, wie Struben a. a. O. richtig bemerkt, sogar die Christliche Religion beruht, nicht zur Wahrscheinlichkeit machen. Denn jene Pflicht macht es dem Verstande des Richters unmöglich, das Gegentheil von dem, was fähige und unverdächtige Zeugen aussagen, in einzelnen Fällen anzunehmen, und er hat daher volle Gewissheit. Ist das vorhanden, was er vorauszusetzen genöthigt ist, die Wahrheit der Aussage; so ist auch das Gegentheil unmöglich. Ist dagegen alles dasjenige, was der, welcher durch Vermuthung beweisen will, voraussetzt, der ganze Complex der Indicien, auch in der Wahrheit gegründet; so ist das Gegentheil von dem, was er daraus beweisen will, noch gar nicht ausgeschlossen.

Der Verdachtsbeweis ist eine Hypothese, Erklärung von etwas Würklichem durch etwas Anderes, dessen Würklichkeit nicht erwiesen ist, oder umgekehrt. Eine solche nähert sich freilich um so mehr der Gewissheit, je mehr sich aus ihr erklären und je leichter sich etwas aus ihr erklären lässt, bleibt aber immer ein problematisches Urtheil [147]), Annäherung zur Gewissheit, Wahrscheinlichkeit [148]). Am

---

144) Stübel a. a. O. §. 187.

145) N. Arch. d. Cr.-R. VII. 211. Stübel a. a. O. §. 171.

146) Struben II. Bed. 139.

147) Kiesewetter a. a. O. I. 472.

148) ebendas. 192.

sonderbarsten wäre es, wenn die subjective Qualität desjenigen, der sie formirte, vermöge deren er keine andere zu formiren im Stande ist, sie zur Gewissheit machen sollte [149]). Ein Anderer wäre darin möglicherweise glücklicher, und vielleicht auch er selbst, wenn er mehr Umstände kennte.

Veranlassung zu der Art, wie der Indicienbeweis vertheidigt wurde, hat wohl die schon erwähnte Gewandtheit derjenigen etwas älteren Rechtsgelehrten gegeben, welche, um die dem Zeitalter nicht angemessenen harten Gesetze der Carolina weniger anzuwenden, zu dem Beweise möglichst viel, insonderheit die Unmöglichkeit des Gegentheils, erforderten. Hiergegen konnte man nun wohl siegreich kämpfen. Aber nun setzte man wegen des Verdachtsbeweises ganz unzulässigerweise Alles auf die Frage, ob zur Gewissheit im gemeinen Leben erfordert werde, dass das Gegentheil als möglich nicht gedacht werden könne, und weil man dies nicht fand [150]); so folgerte man daraus, eine hohe Wahrscheinlichkeit gebe ebenfalls empirische Gewissheit, was aber ein grofser Sprung ist. Denn [151]) wenn gleich in Sachen der Erfahrung kein apodiktisches Urtheil erfordert wird [152]); so genügt darum noch kein problematisches (aus Hypothesen), sondern nur ein assertorisches (aus Zeugnissen, historische Gewissheit). Mag übrigens im gemeinen Leben Mancher auf Wahrscheinlichkeit bauen; so wird

---

149) Feuerbach a. a. O. §. 572.
150) N. Arch. d. Cr.-R. V. 539. VIII. 573.
151) Kiesewetter a. a. O. I. p. 192.
152) N. Arch. d. Cr.-R. III. 105.

man daraus doch ja keine Regel für den Criminalrichter machen wollen, welcher, um Jemanden zu condemniren, einer völligen Gewissheit der Schuld bedarf, wobei vorsichtige Gesetzgebungen wegen der Wichtigkeit der Sache noch mehr Genauigkeit und Sicherheit erfordern, als bei dem Beweise anderer Thatsachen des gemeinen Lebens [153]). Letzterer kann aber dem Civilrichter durch Vermuthungen nicht geführt werden [154]), und auf diese wird beim Beweisinterlocute gar keine Rücksicht genommen [155]). Sie genügen nur da, wo eine beiläufige Bescheinigung hinreicht. Wäre also *A* wegen eines an *B* verübten Mordes, als durch Verdachtsbeweis überwiesen, condemnirt und hingerichtet worden, und die unerzogenen armen Kinder des *B* wollten gegen die Erben des *A* auf Entschädigung klagen; so würden sie mit dem Criminalurtheile nichts ausrichten [156]). Ihre Gegner würden erwidern, ihr Erblasser sei auf blofse Bescheinigung hingerichtet und jene müssten den Mord noch erst beweisen. Der Beweis, welcher genügte, dem *A* das Leben abzusprechen, würde nicht hinreichen, seine Erben auch nur in einem Pfenning zu condemniren. Welche Inconsequenz! Oder soll etwa der sogenannte Vermuthungsbeweis auch in den Civilprocess übergehen, also überall nur die Wahrscheinlichkeit, nicht die Würklichkeit, berücksichtigt werden, womit denn alle Justiz sich in Willkür auflösete? Auch in an-

---

153) N. Arch. d. Cr.-R. V. 539. VIII. 577. 582.

154) Borst a. a. O. §. 35.

155) Weber a. a. O. V. 3. p. 117. 118.

156) vergl. N. Arch. d. Cr.-R. II. 275.

dern Wissenschaften lässt man hohe Wahrscheinlichkeit nicht für Gewissheit gelten. Ein ehrlicher Arzt, der sich überzeugt hat, dass, wenn freilich nicht nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge, doch ausnahmsweise todt geborne Kinder Luft in der Lunge hatten, und die nicht krankhafte Lunge lebendig geborner Kinder im Wasser untersank, wird die Lungenprobe für trüglich und ihr Resultat nicht für Gewissheit halten, obgleich für das Gegentheil dieselben Gründe angeführt werden könnten, mittelst welcher die Rechtsgelehrten durch ihre Indicienprobe Gewissheit erhalten zu haben behaupten [157]).

Manches, was aufserdem noch zur Empfehlung des Verdachtsbeweises angeführt wird, ist von noch viel geringerer Bedeutung, als das Bisherige. Wenn man sagt, weil doch einige wichtige Puncte des Beweises dem Ermessen des Criminalrichters überlassen werden müssten, so sei es am besten, demselben den ganzen Beweis zu überlassen; so bedarf dies gewiss keiner Widerlegung. Als solche Puncte werden benannt: die Beurtheilung der Glaubwürdigkeit der Zeugen und des Vorhandenseins des dolus. Was den ersteren betrifft; so ist freilich besonders die Aufrichtigkeit des Zeugen oder das Gegentheil keine äufsere Erscheinung, und es muss hier viel dem Ermessen des Richters, selbst nach den Gesetzen [158]), überlassen werden. Leider aber wird dann auch mancher verdächtige Zeuge classisch, weil man sei-

---

157) vergl. N. Arch. d. Cr.-R. VII. 504. 508. 514. 515. 517.

158) l. 3. §. 1. 2. l. 13. in f. D. de testib. (22. 5.) N. Arch. d. Cr.-R. V. 98. Arch. f. d. civ. Prax. V. 639.

ner vollgültigen Aussage zur Vollständigkeit des Beweises nicht entbehren kann. Wäre die Sache so einzurichten, dass über die Glaubwürdigkeit eines Zeugen geurtheilt würde, ehe man das Verhältniss seiner Aussage zum Beweise kennte; so möchte viel Menschliches vermieden werden. Indessen überlassen doch auch hier die Gesetze nicht Alles dem Richter; sondern geben Bestimmungen über Unfähigkeit und Verdächtigkeit der Zeugen, und damit dem Angeschuldigten, zu dessen Nachtheil hier überhaupt nach allgemeinen Grundsätzen blofse Wahrscheinlichkeit nie genügen sollte, nicht geringen Schutz gegen richterliche Willkür.

In Ansehung des letzten Puncts, welcher freilich von grofser Wichtigkeit ist [159]), erhellet klar, dass derselbe als etwas nicht sinnlich Erkennbares durch Zeugen nicht erwiesen werden könne. Kleinschrod in seiner Entw. der Grundbegriffe des peinl. R. Th. 1. §. 25. behauptet, der dolus könne nur aus dem eigenen Geständnisse des Verbrechers mit zureichender Gewissheit hergestellt werden, und wenn Volgraf in d. Abh. B. 1. p. 247. zugiebt, dass dies in abstracto wahr sein möge, aber meint, dass es wegen seiner Schwierigkeit in concreto nicht aufrecht zu erhalten sei; so scheint dies keine Widerlegung zu sein, indess die Summe der Vertheidigung des Verdachtsbeweises kurz zusammen zu fassen. Häufig wird übrigens der Angeklagte sich mit Umständen entschuldigen, wegen welcher die in der Erscheinung als die seinige vorhandene That nicht die seinige sei, sondern ein Zufall, wohin auch die

159) N. Arch. d. Cr.-R. IX. 178.

Fahrlässigkeit gerechnet werden kann [160]), und es darauf ankommen, ob der Richter die Gewissheit oder auch nur Wahrscheinlichkeit dieser Umstände zu ermitteln im Stande ist. Auf den speciellen Beweggrund, über welchen sich der Angeschuldigte gleichfalls zu erklären hat, wenn er die That einräumt, muss sich aus der That selbst nach ihren Umständen und Umgebungen, verbunden mit der Handlungsweise des Thäters, ex evidentia facti, wie es in C. O. C. P. 2. T. 10. §. 6. heifst, ein sicherer Schluss machen lassen [161]); so dass ein anderer Beweggrund nicht mehr eingeräumt werden kann und die Schutzreden evident widerlegt sind. Blofse Wahrscheinlichkeit reicht auch hier zum Nachtheil des Angeklagten nicht hin [162]).

Endlich führt man noch für den Verdachtsbeweis an, Wahrscheinlichkeit genüge beim Entschuldigungsbeweise (wovon Feuerbach a. a. O. §. 571. die Gründe angiebt), es sei also hier der Angeklagte dem Ermessen des Richters überlassen, und wenn derselbe die Wahrscheinlichkeit nicht finde; so habe dies für den Angeschuldigten dieselben nachtheiligen Folgen, als wenn er auf einen Anschuldigungsbeweis durch Verdacht condemnirt würde [163]). Allerdings ist dies ein Punct, wo man der Willkür des Richters nicht mit Sicherheit im Voraus steuern kann, weil der Natur der Wahrscheinlichkeit zufolge be-

160) LL. XII. Tab. Tab. 7. l. 9. 11. D. de incendio (47. 9.). l. 1. C. ad L. Corn. de sicar. (9. 16.)

161) N. Arch. d. Cr.-R. IV. 398.

162) Volgrafs Abhandl. B. I. p. 244.

163) N. Arch. d. Cr.-R. V. 640.

stimmte Regeln unmöglich sind. Wenn man aber dem Angeschuldigten zu seinem Vortheil einen Entschuldigungsbeweis gestattet, bei dem er gegen richterliche Willkür nicht völlig geschützt ist, wie kann daraus folgen, dass auch zu seinem Nachtheile dem Richter ein Anschuldigungsbeweis verstattet sein müsse, wobei dasselbe einträte? Wenn Jemand einen Andern aus dem Wasser retten soll und seine Schuldigkeit dabei nicht thut; so hat dies freilich dieselbe Folge, als wenn man Jemanden in das Wasser wirft. Allein wie kann man daraus schliefsen, dass man Jedermann ins Wasser werfen dürfe?

8) Ob der Staat in solcher Noth ist, dass er sich nicht anders, als durch Bestrafung auf Verdacht, helfen kann.

Dem Scharfsinne Örsteds wird die Unmöglichkeit nicht entgangen sein, den Verdacht als Beweis geltend zu machen. Er glaubt aber ein anderes Auskunftsmittel in dem Nothrecht gefunden zu haben, ungeachtet ihm nicht unbekannt ist, in wie üblem Rufe dasselbe steht [164]). Nach einer ausführlichen philosophischen Deduction gegen Kant und Fichte ist die Summe seiner Meinung etwa folgende: »Die Rechtsforderung an den Staat, auf der einen Seite die bürgerliche Gesellschaft gegen die Gefahren, welche die Straflosigkeit des Verbrechens für sie mit sich bringen würde, auf der andern das Recht der Unschuld gehörig zu sichern, durchkreuzten sich hier dergestalt, dass es in diesem Conflicte nothwendig werde, die letzte in Rücksicht auf die

164) N. Arch. d. Cr.-R. V. p. 345.

erste aufzuopfern und die Richter auf Vermuthungen condemniren zu lassen, mit Beweisen vorlieb zu nehmen, die an und für sich trüglich seien. Dass man ein Weites und Breites über die Gefahr rede, welcher die individuelle Sicherheit dadurch ausgesetzt werde, helfe daher nichts, und eben so wenig dies, dass mehrere Wahrheitsforscher, z. E. Kant und Fichte, einen solchen Probabilismus in sittlichen und rechtlichen Angelegenheiten als eine absolute Gewissenlosigkeit verwürfen. Man müsse sich doch mit Wahrscheinlichkeit genügen lassen, selbst wo es die Aussprechung eines Urtheils über Anderer Leben, Ehre, Freiheit und Wohlfahrt gelte. Wenn es dem Menschen nicht gegeben sei, die Wahrheit zu finden; so müsse er der Wahrscheinlichkeit nachgehen, und die Gerichte müssten sich in Beurtheilung der Thatsachen mit einem solchen Grade der Gewissheit genügen lassen, als deren Natur möglich mache [165]).«

Man bemerke zuvörderst in Ansehung dieser Ausführung, dass darin nicht von den Gefahren einer absoluten, sondern nur einer relativen Straflosigkeit die Rede ist, insofern mehr Verbrecher ihre Strafe erhalten, wenn man dies von Wahrscheinlichkeit, als wenn man es von Gewissheit der Schuld abhängig macht. Es ist eine Rechtsforderung an den Staat, die bürgerliche Gesellschaft auch gegen die Gefahren, welche nicht blofs die würkliche, sondern auch die wahrscheinliche Straflosigkeit des Verbrechens für sie mit sich bringen würde, zu sichern,

---

165) N. Arch. d. Cr.-R. V. p. 626. 645. 351. 352. 636. 645. 686. 642. 668 — 670. 674.

angenommen, welche offenbar Niemand machen und welche daher auch mit der allerdings gegründeten Rechtsforderung an den Staat, die Unschuld gehörig zu sichern, nicht in Conflict gerathen kann. Denn das Strafgesetz selbst würde dadurch gänzlich umgestürzt, indem dieses nur etwas Würkliches, das Verbrechen selbst, nicht den Verdacht bestraft haben will.

Jene angebliche Rechtsforderung würde überdies den Zweck des Staats über den Haufen werfen. Denn dieser besteht darin, dass der Rechtszustand erhalten und Jedem das Seinige, Leben, Ehre, Körper, Freiheit und Vermögen gesichert werde. Gerechtigkeit ist es, worauf die Sicherheit, Ruhe und das Glück des ganzen Menschengeschlechts beruht. Nichts kann aber ihr wohl mehr widerstreben, als, um nur der Schuldigen etwas mehr bestrafen zu können, auch die Unschuldigen mit zu bestrafen. Örsted sagt ja a. a. O. p. 665. 666., mit sich selbst in völligem Widerspruche, dass, wenn gleich die Straflosigkeit des Verbrechers ein Übel und gewiss ein sehr bedeutendes Übel für die bürgerliche Gesellschaft ist, es doch noch ein weit gröfseres Übel sei, wenn ein schuldloser Bürger im Namen der Gerechtigkeit für einen Missethäter erklärt und als solcher bestraft werden sollte. Dass dies nicht geschehe, war nach den Grundsätzen der Römer eine Sache, woran der ganzen Menschheit gelegen ist [166]). Als ein vormaliger Regent von Örsteds Vaterlande, Christian VII. von Dänemark, aus eigener Bewegung die Tortur abschaffte, hatten ihm die Regie-

166) Glück V. p. 272.

rung und das Pinnebergische und Altonaische Oberappellationsgericht zu Glückstadt dagegen Vorstellungen gemacht, deren Tendenz aus dem darauf 1770, Dec. 21. ergangenen Rescripte hervorgeht. Er rescribirte aber darauf: »Wir finden uns nicht bewogen, unsere Gedanken von einem eben so trüglichen als harten und im Grunde ungerechten Ausforschungsmittel zu ändern. In andern Staaten, wo die Folter aus den Gerichten verwiesen ist, hat das gemeine Wesen und die öffentliche Sicherheit dabei nicht gelitten, und wenn gleich die Fälle, dass ein Unschuldiger zur Marter oder gar auf sein dadurch erzwungenes Bekenntniss zum Tode gebracht wird, nur selten sein mögen: *so ist doch schon Ein Beispiel dieser Art zu viel und eine Sache, die jeden menschenliebenden Landesfürsten zu gänzlicher Abwendung eines solchen Schicksals von der zufälliger Weise in Verdacht gerathenen Unschuld auffordert* [167]).« Welcher für unsere Zeiten beschämender Zug von rücksichtsloser Gerechtigkeitsliebe, und nach Örsted p. 646. hat man ja in einer langen Reihe von Jahren in Dänemark auf keine Strafe ohne vollen Beweis erkannt, allein doch nicht in einem geringeren Grade der Sicherheit gegen Verbrechen genossen, als in andern Ländern, wo man auf Verdacht straft.

Vom Nutzen des Staats kann nicht die Rede sein. Denn der Zweck heiligt bekanntlich nicht die Mittel. Auch ist die Gerechtigkeit das allerhöchste Interesse des Staats und das Gegentheil sein Ruin. Mit Recht heifst es im N. Arch. d. Cr. R. VII. p. 83:

---

167) Hitzig a. a. O. XIX. 184. 185.

»Nichts empört das Gefühl so sehr, als durch ein ungerechtes Urtheil einen Unschuldigen leiden zu sehn. Ein solches Beispiel bleibt ewig unvergessen, wenn zehn Beispiele gerechter Bestrafung in einem Augenblicke vergessen werden. Auch die Besseren verlieren alle Achtung vor dem Gesetze und den Behörden und verabscheuen beide.«

Es liegt endlich nicht in der Natur verbrecherischer Thatsachen, dass man über ihre Existenz nicht zur Gewissheit kommen kann. Die historische Gewissheit entsteht hier, wie allenthalben, durch die Aussagen tüchtiger und glaubwürdiger Personen, insonderheit auch des Thäters. Geschieht dies nicht in allen und jeden Fällen: so müssen wir uns, weil wir Menschen sind, dabei beruhigen, aber uns deshalb nicht herausnehmen wollen, die Staatsbürger aufs Gerathewohl zu strafen; sondern mit dem Canonischen Rechte denken: »Nos humani et peccatores homines, quibus incognita sunt occulta iudicia dei, nullum ante veram iustamque probationem iudicare aut damnare debemus [168]), multi nesciuntur, donec veniat dominus, qui illuminabit abscondita tenebrarum [169]).«

Was nach allem diesen von der Meinung, der Gesetzgeber könne die höchste Wahrscheinlichkeit der Gewissheit gleichstellen, und eben so bei jener, wie bei dieser zu strafen gebieten [170]), zu halten sei, ergiebt sich von selbst. Insonderheit kann man ohne die höchste Unvernunft nicht voraussetzen, die

---

168) C. 20. C. 2. Qu. 1.

169) C. 18. C. 2. Qu. 1.

170) Mittermaier a. a. O. II. 491.

Unterthanen, welche durch den Staatsverein die Sicherheit ihrer Personen und Rechte zu erstreben suchten, die sie aufser demselben nicht fanden, hätten durch diesen Verein darein gewilligt, solche statt sonst der Übergewalt, nunmehr dem Verdachte Preis zu geben, und, obgleich völlig unschuldig, doch als Verbrecher geschändet und bestraft zu werden. Was aber, als in dem Bürgervereine enthalten, ohne Unvernunft nicht gedacht werden kann, dazu ist auch dem Regenten keine Befugniss gegeben. Man meint zwar [171]), uneingedenk des: »facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallit:« wenn das Gesetz auf weise, unparteiische und vorsichtige Richter rechnen könne: so werde wohl kein Unglück entstehen. Allein wie kann dasselbe überhaupt auf solche Richter, im gegenwärtigen Falle aber auch nur auf rechtliche Richter, rechnen? da es unmenschlich und ungerecht ist, Jemanden zu verdammen, blofs weil er wahrscheinlich schuldig ist [172]).

Man bedenke überdies noch, dass die Strafgesetzbücher dann der Wahrheit gemäfs ganz anders eingerichtet sein, und dieselben nicht blofs für das Verbrechen, sondern auch für den Verdacht desselben Strafen bestimmen müssten, damit die armen Unterthanen wissen, dass sie die auf die Schuld gesetzten Strafen leiden sollen, wenn sie sich gleich von aller Schuld freihalten, und sich daher vor Verdacht, wenigstens so viel möglich, hüten können, etwa folgendermafsen: »Nicht allein, wer mordet, wird

---

171) ebendas. p. 492.

173) N. Arch. d. Cr.-R. I. 282. 283.

mit dem Tode bestraft; sondern auch derjenige, der es nicht that, unseren Richtern aber sehr verdächtig ist, es gethan zu haben.« Welche Regierung wird sich aber hierzu entschliefsen? und was eine solche nicht gestehen darf, muss sie auch nicht thun [173]).

9) Über einige Gesetzgebungen neuerer Zeit, welche den Verdachtsbeweis adoptirt haben.

Selbst unter denjenigen, welche an die Möglichkeit des Verdachtsbeweises glauben, scheint über die hohe Gefährlichkeit dieses Beweises nur *eine* Stimme zu sein. Sie geben zu, dass es um das Gewicht der einzelnen Indicien und deren Combinirung eine missliche Sache sei, und deshalb leicht ganz verschiedene Ansichten entstehen können, indem dem Einen das gewiss scheint, was dem Andern nur wahrscheinlich oder wohl gar unwahrscheinlich vorkommt, weshalb die Gefahr des Irrthums bei diesem Beweise gröfser, als bei jedem andern sei: weil, wie es an einer Stelle heifst, die Objectivität sich hier leicht an der subjectiven Anschauungs- und Beurtheilungsweise des Richters

---

173) Als Friedrich der Grofse 1754 rescribirte, dass bei dem gröfsten Verdachte und der höchsten Wahrscheinlichkeit dem Inquisiten der Festungsarrest oder die Festungsarbeit auf Zeit seines Lebens und dabei in Eisen geschmiedet zu werden, erkannt werden müsse, setzte er hinzu: »Weil aber unsere Intention nicht ist, dass diese Verordnung bei dem Publico eclatire; so habt Ihr denen Räthen die Verschwiegenheit auf ihre Pflicht anzuempfehlen.« N. Arch. d. Cr.-R. VIII. 126. 127.

schief und unrichtig brechen kann. Hier soll nun ein Zusammenfluss vortrefflicher Eigenschaften der Richter zu Hülfe kommen, von dem sie indess wenigstens einräumen, dass er selten zu finden ist [174]). Da nun überdies, wenn ehrlich zu Werke gegangen wird, die Fälle sehr selten sein sollen, wo nach den Requisiten, welche man dazu erfordert, der Verdachtsbeweis Gewissheit giebt [175]); so sieht man nicht ein, wie es auch nur der gesetzgebenden Klugheit gemäfs sein kann, wegen dieser seltenen Fälle ein so höchst gefährliches Werkzeug der Willkür den Richtern in die Hände zu geben und alle Beweistheorie dadurch umzustofsen.

Dennoch ist der Einfluss der Rechtsgelehrten auch in dieser Rücksicht in neuerer Zeit hin und wieder bemerkbar. Die Preufsische Criminalordnung §. 405 — 408. ist die gelindeste von allen Criminalgesetzen, welche auf Indicien Strafe erlauben, weil sie bei dem Beweise durch dieselben, den sie, wie so viele vorige Jahrhunderte, die des neuen Lichts entbehrten, noch hohe Wahrscheinlichkeit nennt, nur aufserordentliche Strafen gestattet. Sie macht es aber dadurch keiner Partei recht. Denn nach den älteren Principien sollte sie gar nicht, nach den neuern nicht so gelinde strafen [176]).

Bremen in der Gerichtsordnung v. 9ten Nov.

---

174) Hitzig a. a. O. XIX. 56 f. Arch. d. Cr.-R. B. 4. St. 3. N. 4. Pfeiffer a. a. O. II. 433. 438. 451. N. Arch. d. Cr.-R. III. 105. 115. 117. 122. 327. 333. 337. V. 334—336. VII. 217. VIII. 140—144. Hallische Litt.-Zeit. 1824. p. 2135.

175) N. Arch. d. Cr.-R. VII. 217. Hall. Litt.-Z. a. a. O.

176) N. Arch. d. Cr.-R. III. 329. 330. VII. 227. VIII. 135 f.

1820. und Hannover in der Verordnung v. 25ten März 1822. nehmen den vollständigen Indicienbeweis ganz so an, wie sich ihn die mehrsten neueren Juristen ausgedacht haben [177]).

Östreich privilegirt nur bestimmte Indicien, um zum vollen Beweise zu concurriren, bei der einen Art der Verbrechen diese, bei einer andern Art andere, und erfordert bei der einen Art eine gröfsere, bei der anderen eine geringere Zahl derselben [178]).

Das hierin mit dem Baierschen wörtlich übereinstimmende Oldenburgische Strafgesetzbuch theilt die Anzeigungen in drei Arten, vorausgehende, gleichzeitige, nachfolgende, und lässt, wie die Vergleichung der Art. 810. 811. ergiebt, die Verwandelung des dringenden Verdachts in überzeugende Gewissheit einzig davon abhängen, ob von jeder dieser Arten eine Mehrzahl von Indicien vorhanden ist. Es ist sonach hier der Ort, über diese Eintheilung der Verdachtsgründe noch etwas Mehreres zu sagen.

Schon beim Cicero kommt sie mehrmals vor [179]). In den Rhetoric. ad Herenn. heifst es L. 2. C. 5.: »Argumentum dividitur in tempora tria, praeteritum, instans, consequens. In praeterito tempore oportet considerare, ubi fuerit, ubi visus sit, quocum visus sit; num quid appararit, num quem convenerit, num quid dixerit, num quem habuerit de consciis, de adiutoribus, de adiumentis; num quid in loco praeter consuetudinem fuerit, aut alieno tempore. In

---

177) N. Arch. d. Cr.-R. VI. 12. 259 f.

178) N. Arch. d. Cr.-R. VII. 225.

179) de invent. L. 1. C. 26. L. 2. C. 12. 13. Topic. C. 12.

instanti tempore quaeritur, num visus sit, cum faciebat, num qui strepitus, clamor, crepitus exauditus sit, aut denique, num quid aliquo sensu perceptum sit, aspectu, auditu, tactu, odoratu, gustatu; nam quivis horum sensus potest conflare suspicionem. In consequenti tempore spectabitur: num quid re transacta relictum sit, quod indicet aut factum esse maleficium, aut a quo sit factum. Factum esse, hoc modo: si tumore et livore decoloratum est corpus mortui, significat eum veneno necatum. A quo factum sit, hoc modo: si telum, si vestimentum, si quid eiusmodi relictum, aut vestigium repertum fuerit, si cruor in vestimentis, si in eo loco comprehensus, aut visus transacto negotio, quo in loco res gesta dicitur. Consecutio est, cum quaeritur, quae signa nocentis et innocentis consequi soleant. Accusator dicet, si poterit, adversarium, cum ad eum ventum sit, erubuisse, expalluisse, titubasse, inconstanter locutum esse, concidisse, pollicitum esse aliquid: quae signa conscientiae sunt.«

Auch bei Ant. Matthäus l. c. ad Lib. 48. T. 16. c. 3. n. 7. findet sich dieselbe. Er sagt, die Indicien seien fast unendlich. Wenn es Jemandem aber gerade Spafs mache, eine Eintheilung derselben zu versuchen; so möchte dies ohne Unbequemlichkeit folgendergestalt geschehen können. Die Indicien erwüchsen entweder aus der Sache selbst, oder anderswoher. Unter Sache müsse man aber nicht blofs die Begehung des Verbrechens selbst, sondern auch die Umstände verstehen, also die Person, den Grund, den Ort, die Zeit, das Vorhergehende, Zusammenhängende und Nachfolgende. Die Person mache das Verbrechen wahrscheinlich, wenn sie von schlechtem

Charakter u. s. w. sei, Hang zu Verbrechen habe, dasselbe oder ein anderes Verbrechen schon vorher begieng u. s. w., der Grund, wenn Jemand Feind des Ermordeten war, nach dessen Abgange eine Erbschaft oder sonstigen Vortheil hoffte, der Ort, wenn er zu der That gelegen, einsam war, die Zeit, wenn sie gleichfalls passend war, z. E. eine Nacht ohne Mondschein bei Diebstahl oder Mord. Zu dem Vorausgehenden gehöre, wenn Jemand dem Ermordeten drohete, Geld, Waffen, Gehülfen anschaffte, oft im Hinterhalte lag, in das Haus des Ermordeten gieng, zu dem Zusammenhängenden Geschrei und Wehklagen des Ermordeten, das in der Wunde zurückgelassene Schwerdt, Geschwulst und blaue Flecken am Körper. Der nachfolgenden Umstände gebe es viele, wenn Jemand am Orte des Mords betroffen sei, mit blutigem Degen, wenn er floh, wenn er mit den Verwandten sich vergleichen wollte, wenn er sich der That berühmte, wenn der Sterbende ihm die That Schuld gab, wenn die gestohlenen Sachen bei ihm gefunden wurden, ohne dass er seinen Autor nennen kann, wenn er schnell reich wurde, Schaamröthe, Blässe, Zittern des Befragten. Aufser der Sache ergebe sich der Verdacht, wenn nur Ein Zeuge oder zwei verdächtige Zeugen gegen Jemanden aussagten, wenn das Gerücht ihn als Thäter bezeichne, wenn ein Schuldiger ihn als Genossen nenne. Man sieht also wohl, dieser Schriftsteller hielt nicht dafür, eine Eintheilung der Indicien könne von praktischem Nutzen sein. Er formirte indess eine solche, um etwa die Materie darnach abzuhandeln, als nicht ganz unthunlich, wobei er es jedoch nicht für möglich hielt, alle und jede Indicien in

vorausgehende, gleichzeitige und nachfolgende einzutheilen.

Puffendorf T. 2. o. 156. handelt eigentlich gar nicht von dieser Eintheilung, sondern nur einzeln von drei Fällen, wann die Indicien aus vorhergehenden, wann die aus begleitenden und wann die aus nachfolgenden Handlungen zur Tortur hinreichend seien, mit der Bemerkung am Schlusse, dass, wenn alle drei Fälle einträten, der Grad der Tortur mit Recht erhöhet würde.

Dagegen hat unter den Neueren zuerst Feuerbach im Lehrb. d. peinl. R. §. 547. f. diese Eintheilung wenigstens dem Namen nach wieder in Gang gebracht.

Da Indicien Thatsachen sind, woraus man Etwas vermuthet [180]), diese Thatsachen aber nach der Zeit, vor, bei oder nach dem Verbrechen eingetheilt werden sollen; so kann dies nichts anders heifsen, als dass sie unterschieden werden sollen, je nachdem sie vor, bei oder nach dem Verbrechen existiren, und da von einer Eintheilung im Allgemeinen die Rede ist; so müsste es keine Indicien geben, welche in mehr als einer dieser Perioden existiren könnten. Bei jeder logischen Eintheilung müssen deren Glieder sich einander wechselseitig ausschliefsen, widersprechende Merkmale enthalten [181]). Dies ist aber nicht der Fall. Denn manche Indicien müssen durchaus in mehreren der gedachten Perioden vorkommen. Dies begiebt sich z. E. mit dem sinnlichen Interesse an dem Verbrechen, nämlich dem Affecte, wie Feindschaft, Liebe, oder vielmehr Ver-

---

180) Feuerbach a. a. O. §. 546.

181) Kiesewetter a. a. O. Th. 1. p. (147.) 483.

langen nach Geschlechtsgenuss, Erwartung eines Vortheils [182]), welches Interesse, wenn es vorhergehend ist, wenigstens auch gleichzeitig sein muss. Eben so ist es mit der Verheimlichung der Niederkunft [183]), und in Ansehung des indicii, dass der Verdächtige eine solche Gestalt, Kleider, Waffen, Pferde oder anderes hat, als der gesehene, aber nicht erkannte Thäter [184]), gehört die gleiche Gestalt wenigstens nothwendig zu allen drei Classen.

Recht viele Indicien *können* in zwei oder gar in drei Classen zugleich vorkommen.

Dahin gehören z. E. der üble Ruf, Billigung des Verbrechens [185]), Vermummung, Erkundigung nach den Mitteln, der Strafgerechtigkeit zu entgehen [186]), Gegenwart einer Person, oder das Vorhandensein von Jemandes Sachen am Orte der That, Besitz von Werkzeugen, von Waffen, von Gift [187]). Besitz der Sachen des Ermordeten [188]) kann auch vor dem Morde angefangen haben, nicht allein, wenn Jemand erst raubte oder stahl; sondern auch, wenn er, um Sachen, die er erlaubter Weise detinirte, nicht zurückzugeben, mordete. Hieraus folgt nun wohl von selbst, dass sie in der Erfahrung, insonderheit wegen mangelnden Beweises ihres ganzen Umfangs, häufig nur in eine Classe, aber bald in die eine, bald in die andere, kommen, ingleichen

---

182) Feuerbach a. a. O. §. 550.
183) C. C. C. a. 131.
184) C. C. C. a. 25. §. 3.
185) Feuerbach a. a. O. §. 551.
186) Ders. §. 553.
187) Ders. §. 554.
188) Ders. §. 556.

dass man bei hinlänglichem Beweise sie in diejenige Classe setzen kann, worin man sie gerade nöthig hat, wenn man nicht lieber aus *einem* indicio zwei oder auch drei machen will. Dies letztere geschieht am wenigsten auffallend bei einer etwas anderen Wendung der Worte, z. E. man betrachtet es als ein vorausgehendes Indicium, wenn sich Jemand die zum Verbrechen dienlichen Werkzeuge bestellt, angeschafft oder zugerichtet hat, und als ein gleichzeitiges den Besitz der Werkzeuge, womit die That gewiss oder wahrscheinlich begangen wurde (wie das Oldenburgische Strafgesetzbuch Art. 793. n. IV. und Art. 794. n. II. thut). Allenfalls kann man noch ein paar nachfolgende Anzeigungen hinzufügen, wenn sich derselbe Besitzer nachher des Besitzes auf eine verdächtige Weise entäufserte und den Besitz geleugnet hat [189]).

Nicht selten wird es sich endlich ereignen, dass man in einem gegebenen Falle ein Indicium gar nicht classificiren kann, weil man wenigstens genau die Zeit, zu welcher das Verbrechen begangen wurde, oder zu welcher das Indicium existirte, nicht weifs. (Ersteres ist oft der Fall). Dies tritt z. E. ein, wenn Jemand am Orte des Verbrechens ungefähr zur Zeit der That, d. h. wenn nicht zu derselben Zeit, doch nicht lange vorher oder nachher gesehen wurde, und es folglich ungewiss bleibt, ob seine Gegenwart vor, bei oder nach dem Verbrechen Statt hatte, und welche Anzeigung daher vorhanden sei.

Aus allem Bisherigen scheint hinlänglich zu er-

---

189) C. C. C. a. 37. §. 2.

hellen, dass die Eintheilung der Indicien nach ihrer Existenz in vorhergehende, gleichzeitige und nachfolgende, logisch völlig unrichtig und daher auch keines praktischen Gebrauchs fähig sei. Dies wird dem Scharfsinne Feuerbachs nicht entgangen sein, und er hat daher wenigstens theilweise eine andere Eintheilung an ihre Stelle gesetzt, und die Thatsachen, welche eine Vermuthung begründen, darnach eingetheilt, was man deshalb vermuthen kann. Vermuthet man deshalb Ursache, Grund oder Bedingung eines Verbrechens, oder enthalten sie die Bedingung selbst [190]); so sind sie vorhergehende (antecedirende) Indicien; vermuthet man deshalb Würkung oder Folge einer begangenen Missethat; so heifsen die Indicien nachfolgende (subsequente) [191]). Die Sache ist daher meist ganz verändert und nur die Namen sind beibehalten. Ob letzteres geschehen konnte, daran möchte man zweifeln. Denn die Indicien, von deren Benennung die Rede ist, sind Thatsachen [192]), und können doch deshalb nicht vorhergehend heifsen, weil man etwas Vorhergehendes, nicht nachfolgend, weil man etwas Nachfolgendes mit Wahrscheinlichkeit daraus herleiten will. Diejenigen Zeugen, welche über Ursachen einer Handlung aussagten, würde man doch gewiss nicht vorhergehende, und diejenigen, welche über Würkung einer Handlung deponirten, nachfolgende Zeugen sprachrichtig nennen können. Aber auch hiervon abgesehn, sollen ja die Thatsachen, welche Bedin-

---

190) Feuerbach a. a. O. §. 554.

191) Ders. §. 547.

192) Ders. §. 546.

gungen des Verbrechens enthalten, mit den vorhergehenden Indicien *eine* Classe ausmachen, und doch ist es ein völliger Widerspruch, die Gegenwart am Orte und *zur Zeit* des begangenen Verbrechens ein vorhergehendes Indicium zu nennen [193]).

Die meisten Schwierigkeiten machen bei dieser Eintheilung die gleichzeitigen oder concurrenten Indicien. Diese sollen sein: Thatsachen, die als Theile *und* gleichzeitige Umstände der Begehung des Verbrechens erscheinen [194]). Sie sind so mannigfaltig, wie die Verbrechen selbst, und ihr Princip ist der Begriff jeden besonderen Verbrechens, durch welchen die einzelnen concurrenten Indicien, welche zu ihm gehören, mit Beihülfe der Erfahrung aufzufinden sind [195]). Giebt es nun hiernach gar keine Indicien, von denen man im Allgemeinen sagen könnte, dass sie gleichzeitig wären: so ist nicht einzusehen, wie denn eine allgemeine Eintheilung in vorausgehende, gleichzeitige und nachfolgende Indicien Statt haben könne. Zu dem gegebenen Begriffe scheinen übrigens die von Feuerbach a. a. O. §. 549. not. a. angeführten Beispiele nicht zu passen. Denn, wenn Jemand zu einer Zeit, wo muthmaſslich ein Diebstahl geschahe, Etwas unter dem Rocke verborgen wegtragend gesehen worden ist; so kann dies nicht als Theil und gleichzeitiger Umstand der Begehung des Diebstahls erscheinen, weil dieser schon durch die Besitzergreifung vollbracht ist [196]).

---

193) Ders. §. 554.
194) Ders. §. 547.
195) Ders. §. 549.
196) Ders. §. 317.

Bayerische Staatsbibliothek München

Ebenfalls scheinen die in der Carolina Art. 35. 36. angegebenen Umstände, woraus erfolgtes Gebären vermuthet wird, kein gleichzeitiger Umstand des Kindermords zu sein, welcher letztere ja dem Gebären nachfolgt [197a]). Vielmehr dürften sie, als vorhergehend, Vermuthung für vorhandene Bedingung des Kindermords sein.

Dagegen sieht man nicht anders, als dass bei dieser Bestimmung der gleichzeitigen Indicien Anzeigungen aus andern Classen mit ihnen zusammenfallen können. Denn so ist das sinnliche Interesse an dem Verbrechen, welches nach Feuerbach a. a. O. §. 550. I. und dem Oldenburgischen Strafgesetzbuche a. 793. n. 1. vorhergehendes Indicium sein soll, auch wohl einmal Theil und gleichzeitiger Umstand der Begehung des Verbrechens, also zugleich concurrentes Indicium, z. E. der Affect [197b]) der Feindschaft beim Todschlage [198]), des Verlangens nach Geschlechtsgenuss bei der Entführung, als Mittel zur Befriedigung dieses Verlangens [199]), die Erwartung eines Vortheils [200]) beim Raubmorde [201]), qualificirten Morde [202]), Betruge [203]). Vermummung, von Feuerbach a. a. O. §. 553. [204]) unter den Vorbereitungen aufgeführt, ist ebenfalls nach dem Oldenb. Strafgesetzb.

197a) Feuerbach a. a. O. §. 237.

197b) Ders. §. 550. n. I. 1.

198) Ders. §. 215. Oldenb. Str.-G.-B. a. 156.

199) Feuerbach §. 255. 259. Oldenb. Str.-G.-B. a. 206.

200) Feuerb. §. 550. I. 2.

201) Ders. §. 219.

202) Oldenb. Str.-G.-B. a. 152. n. IV.

203) Ebendas. a. 261.

204) Ebendas. a. 793. n. IV.

§. 242. n. 3. Theil und gleichzeitiger Umstand des Raubes zweiten Grades. Der Besitz von Waffen, welcher nach Feuerbach a. a. O. §. 554. n. 2. als Bedingung zu den vorhergehenden Indicien gehört, ist zugleich Theil und gleichzeitiger Umstand der Begehung des bewaffneten Diebstahls [205]). In dem Oldenburgischen Strafgesetzbuche [206]) werden von den Feuerbachschen vorausgehenden Indicien die Gegenwart zur Zeit der That, so wie der Besitz der Werkzeuge [207]), und von dessen nachfolgenden die Veränderungen an der Person u. s. w. und der verdächtige Besitz von Sachen [208]) unter die gleichzeitigen Indicien gesetzt, wodurch jede Classe mit einer gleichen Nummerzahl von Indicien versehen ist. Das aus der blofsen Gegenwart einer Person um die Zeit und an dem Orte des begangenen Verbrechens hergenommene Indicium, welches überdies das Sonderbare hat, dass man die Gleichzeitigkeit erst bedingt, um es unter die gleichzeitigen Indicien setzen zu können, was schwerlich logisch richtig sein wird, ist wohl gewiss ohne allen Grund (weshalb auch Mittermaier a. a. O. II. p. 438. noch die verdächtige Stellung hinzufügt), indem es auf alle Anwesenden passt, man also nie classische Augenzeugen haben könnte. Indess ist letzteres nach dem Oldenburgischen Strafgesetzbuche bei den schwereren Verbrechen ohnedem nicht möglich, bei welchen jedem Staatsbürger die traurige Pflicht auferlegt ist, Denunciant zu werden, durch deren Erfüllung er sich

205) Feuerbach a. a. O. §. 329.
206) a. 794. vergl. a. 793. 795.
207) Feuerb. §. 554.
208) Ders. §. 556.

Bayerische Staatsbibliothek München

aber zugleich verdächtig macht [209]). Wie die andern oben genannten Indicien unter die gleichzeitigen haben gerechnet werden können, da sie doch nicht nach der vom Strafgesetzbuche selbst §. 792. von gleichzeitigen Indicien gegebenen Definition als Bestandtheile der Haupthandlung oder als gleichzeitige Umstände derselben erscheinen, darüber fehlt aller Aufschluss.

Selbst rücksichtlich der Feuerbachschen Classification ist es möglich, dass *ein* Indicium bald in die eine, bald in die andere Classe kommt, und es dann vielleicht in concreto nicht auszumitteln ist, in welche es gehört. Z. E., wie schon oben bemerkt, kann der Besitz der Sachen des Ermordeten, welchen Feuerbach als Folge des Verbrechens betrachtet [210]), auch Ursache desselben sein. Diese Ausmittelung wird ebenfalls unmöglich, wenn die Zeit, zu der die Anzeigung existirte, nicht ausgemacht ist, während Feuerbach eine bestimmte Zeit erfordert, z. E. Gebrauch ungewöhnlicher Kleider *vor der That*, ungewöhnliche Verwirrung in dem Betragen, Erkundigung nach der Strafe des Verbrechens, oder nach den Mitteln, der Strafgerechtigkeit zu entgehen, *vor dem Verbrechen*, die Gegenwart an dem Orte der That *zur Zeit des Verbrechens* u. s. w. Endlich ist diese Classification unmöglich vollständig; so dass von den unendlich vielen Indicien, die es geben kann, jedes darein passte. In der Carolina selbst kommen einige Anzeigungen vor, welche Feuerbach übergeht, und die, wie es scheint, nach ihm nicht

---

209) a. 94. 766.

210) §. 555. 556.

Bayerische Staatsbibliothek München

wohl zu classificiren sind, z. E. art. 25. §. 2.: »ob die verdacht Person an gefährlichen Orten zu der That verdächtlich gefunden oder betreten wurde« (was natürlich nicht gerade Gleichzeitigkeit erfordert) [210a]). Art. 25. §. 3.: »ob die verdacht Person ein solche Gestalt, Kleider u. s. w. habe, als der (nicht erkannte) Thäter gesehen worden.« Man darf nur irgend einen Criminalfall, der mit vielen Verdachtsgründen vorgetragen wird, durchgehen, um die Schwierigkeit einzusehen, jeden dieser Gründe auf die vorgeschriebene Weise zu classificiren.

Fragt es sich nun, wie eine so unzuverlässige Classification der Indicien die Wahrscheinlichkeit zur Gewissheit machen könne; so lässt sich darauf eine genügende Antwort wohl nicht finden [211]). Wenigstens heifst es schon beim Cicero in Topic. Cap. 12.: »Admonet autem hic locus, ut quaeratur, quid ante rem, quid cum re, quid post rem evenerit. Nihil hoc ad ius; ad Ciceronem, inquibat Gallus noster, si quis ad eum tale quid retulerat, ut de facto quaereretur, tu tamen patiere, nullum a me artis institutae locum praeteriri; ne, si nihil, nisi quod ad te pertineat, scribendum putaris, nimium te amare videare. Est igitur magna ex parte locus hic oratorius, non modo non iurisconsultorum, sed ne philosophorum quidem.« Der Vortrag des Redners, oder wer es sei, mag immer diese Perioden berücksichtigen. Allein rechtlichen Erfolg kann dies nicht haben.

Übrigens ist das, was das Oldenburgische Straf-

210a) vergl. Feuerbach §. 554. n. 1.

211) N. Arch. d. Cr.-R. XII. 498.

gesetzbuch a. 811. vom vollständigen Anzeigenbeweise festsetzte, in den etwas dunklen neuen Bestimmungen zu diesem Artikel von 1821. sehr abgeändert worden. Es sollen nur erforderlich sein: aufser zwei naher gleichzeitiger oder *einer* nahen und mehrerer entfernten, nach vorsichtigem Ermessen *einer* nahen gleichzuachtenden, gleichzeitigen Anzeigungen, entweder *ein* vorausgehendes nahes oder *ein* nachfolgendes nahes Indicium. Ohnerachtet nun zum Überfluss ausdrücklich bestimmt ist, dass die nahen Indicien mit dem vorliegenden Verbrechen in bestimmtem Zusammenhange stehen sollen, und Art. 796. des Strafgesetzbuchs der Natur der Sache gemäfs [212]) bemerkt, dass der Charakter einer Person im Allgemeinen, ihr bisher geführter Lebenswandel, die wegen eines gleichartigen Verbrechens schon erlittene Strafe, Bekanntschaft mit Verbrechern u. s. w., nicht unmittelbar mit dem vorgefallenen Verbrechen in Verbindung stehen, und deshalb für sich allein keinen Verdacht begründen; sondern nur dazu dienen sollen, einen schon rechtlich begründeten Verdacht zu bestärken; so soll doch einer mit dem vorliegenden Verbrechen in bestimmtem Zusammenhange stehenden, vorausgehenden nahen Anzeigung gleich geachtet werden können: wenn der Angeschuldigte schon vorher wegen eines Verbrechens oder Vergehens derselben oder ähnlicher Art bestraft oder nur von der Instanz entlassen ist, oder noch der Untersuchung unterliegt und kein freisprechendes Erkenntniss erhält, oder wenn sonst gegen ihn erbracht ist, dass er durch seine Aufführung

---

212) N. Arch. d. Cr.-R. I. 92.

ein solcher ist, zu dem man sich der That, von deren Bestrafung die Rede ist, wohl versehen kann. Indess wird überhaupt vorausgesetzt, dass das Gericht durch dies Alles von der Schuld des Angeklagten völlige Überzeugung gewonnen hat.

Wenn die Absicht gewesen sein sollte, durch diese Abänderung den Verdachtsbeweis zu erleichtern, wie es fast scheint; so möchte man glauben, dass diese Absicht völlig verfehlt, vielmehr der Verdachtsbeweis im Resultat gänzlich aufgehoben sei.

Denn dass ein dringender Verdacht (eine nahe Anzeigung) aus *einem* indicio für sich allein entstehe, wird, wenn es möglich ist, doch höchst selten der Fall sein. Der ganze Zusammenhang, die zusammentreffenden Umstände bewürken dies erst, wie auch das Strafgesetzbuch art. 810. andeutet [213]). Nicht einzelne Anzeigen abgesondert, sondern der ganze Inbegriff aller Anzeigen, der ganze Zusammenhang der entdeckten Umstände sind sorgfältigst zu erwägen, alle Gründe für und wider auf das genaueste gegen einander zu halten, und erst dann, wenn dies Alles geschehen ist, lässt sich ein richtiges Urtheil über den erzeugten Grad der Wahrscheinlichkeit fällen, sagt Danz im summar. Proc. §. 194. Gewöhnlich muss man wenigstens die Persönlichkeit des Angeschuldigten zur Unterstützung zu Hülfe nehmen [214]), was aber hier nicht angeht, wenn dieselbe ein Indicium für sich, eine eigene Potenz, ausmachen soll. Endlich sieht man nicht,

---

213) N. Arch. d. Cr.-R. VII, 62. 63. Feuerbach a. a. O. §. 547. not. a.

214) Cicero de invent. L. 2. C. 10. Mittermaier a. a. O. II, 462. 463. 470. Westphals Crim.-R. Anm. 126. §. 8.

wie dergestalt eine Überzeugung des Gerichts entstehen kann, da ein solches Fürwahrhalten auf keinem Grunde beruhet, der aus der Sache selbst genommen ist oder Allgemeingültigkeit hat [215]), indem, wie im Eingange gezeigt wurde, Alles auf einen Fehlschluss hinausläuft. An ein klares Durchschauen der Sache im Ganzen und in jedem einzelnen Theile, wo alles und jedes begründet und nachgewiesen werden kann, ist ja gar hier nicht zu denken und ohne dies keine Überzeugung möglich. Ob ein einzelner Umstand ein nahes oder entferntes Indicium sei, darüber lassen sich übrigens keine Regeln geben; sondern dies beruht alles auf der Persönlichkeit des Richters, daher die Ansichten hierüber auch so sehr verschieden sind. So ist, um nur ein paar Beispiele anzuführen, nach C. C. C. a. 38. 43. 45. Besitz der geraubten oder gestohlenen Sachen, ohne den Auctor zu benennen, ein nahes, nach Matthäus ad L. 48. D. T. 16. c. 3. n. 11. ein entferntes Indicium. Der Carolina a. 32. zufolge ist die Anzeigung nahe, wenn Jemand ruhmsweise sagte, er habe das Verbrechen begangen. Dass dies aber nicht wohl anzunehmen sei, behaupten mehrere Rechtsgelehrte [216]). Drohung ist nach der Carolina a. 32. ein nahes, nach Mittermaier a. a. O. II. p. 442. und dem N. Arch. d. C.-R. VII. p. 60. ein entferntes Indicium. In diesem Archiv VII. p. 60. wird behauptet, die nachfolgenden Indicien seien die schwächsten von allen. Dagegen findet die Carolina a. 33. in blutigen Kleidern eine starke Anzeigung, welche hinge-

---

215) Kiesewetter a. a. O. I. p. 463.

216) Leyser Sp. 637. m. 3. 4. Matthäus l. c. n. 10.

gen Quintilian in inst. orat. L. 5. C. 9. für schwach hält.

Da in Deutschland nicht, wie in Frankreich, nach dem Code pénal art. 59. u. f. die Theilnehmer an einem Verbrechen alle gleich bestraft werden, sondern die Gehülfen und Begünstiger gelinder; so ist nicht einzusehen, wie auf eine solche Gesetzgebung der Verdachtsbeweis hat angewandt werden können, da die Indicien meistens nur darauf hindeuten, dass der Verdächtige in irgend einer Relation zu dem Verbrechen stehe, aber nicht darauf, in welcher [217]) dies also auf gut Glück bestimmt werden müsste.

Ein wichtiger Punct ist auch noch der Beweis der einzelnen Anzeigungen. Will man diesen wieder durch einen Verdachtsbeweis, die in letzterem enthaltenen Indicien ebenfalls wieder so u. s. w. führen, die Wahrscheinlichkeit der Wahrscheinlichkeit einer Wahrscheinlichkeit u. s. w. berücksichtigen; so verliert man sich völlig in dem unendlichen Reiche der Möglichkeiten, weshalb die Carolina art. 23. 30. verordnete, dass jeder Verdachtsgrund durch natürlichen Beweis bewahrheitet werden solle. Dies kann man consequent nicht erfordern, wenn angenommen wird, der Verdachtsbeweis gebe Gewissheit und deshalb hat auch die obige Hannöversche Verordnung diese Artikel der Carolina ausdrücklich aufgehoben [218]).

Allein wenn der Verdachtsbeweis Gewissheit giebt, warum wagten es diejenigen Rechtsgelehrten,

---

217) Mittermaier a. a. O. II. 442.

218) N. Arch. d. Cr.-R. VI. 201.

welche ihn besonders nach aufgehobener Tortur für zulässig hielten, denn nicht, auf ihn die Todesstrafe zu gründen? Fein genug zwar, aber nicht genügend ist es, wenn man sagt, sie hätten dies unterlassen, weil der Tod ein Übel sei, das bei einem etwaigen Irrthume nicht wieder gut zu machen wäre [219]). Denn selbst davon abgesehen, dass ebenfalls andere Strafübel, soweit sie schon vollzogen sind, nicht eigentlich wieder gut gemacht werden können [220]); so ist ja der Werth des Strafübels an sich der Beurtheilung des Richters nicht untergeben, so dass er wegen der Nachtheile desselben im Allgemeinen nicht darauf zu erkennen brauchte, wenn es gleich angedrohet ist, und dagegen ein nicht angedrohetes eintreten lassen könnte. Sonst würden wahrscheinlich in unseren Zeiten viele Richter bei einem vollen natürlichen Beweise gleichfalls nicht mehr auf den Tod erkennen. Überdies wagte man eben so wenig ein Erkenntniss auf eine, dem Tode nahe kommende, schwere Freiheitsstrafe [221]). Es musste also die Unsicherheit, eigentlich völlige Nichtigkeit, dieses Beweises sein, welchem diese Erscheinungen zuzuschreiben sind [222]). Ungeachtet nämlich die gesunde Vernunft unserer Vorfahren, welche Deutschland vermittelst des a. 22. der Carolina vor so vieler Blutschuld und Ungerechtigkeit bewahrte, die andere Nationen auf sich luden (was man freilich jetzt gern beseitigen möchte [223])),

---

219) Pfeiffer a. a. O. II. 432. 433.

220) Stübel a. a. O. §. 276.

221) N. Arch. d. Cr.-R. III. 114.

222) Pfeiffer a. a. O. II. 451. N. Arch. d. Cr.-R. III. 114. 115. VIII. 140. 141.

223) N. Arch. d. Cr.-R. VII. 216.

in einem Meere von Räsonnement fast ersäuft war; so tauchte sie doch wieder auf, wenn es sich von der Existenz eines Menschen handelte. Nun wagte man es nicht, den neu entdeckten Weg, den man bisher schüchtern und mit leisen Zweifeln gegen dessen Richtigkeit wandelte, weiter zu verfolgen [224]). Man hätte ihn nun aber überhaupt ganz verlassen und auf den alten Deutschen Weg wieder zurückkehren sollen. Denn dass keine Gewissheit da sei, konnte man ja nun nicht leugnen [225]). Dieselbe Gewissheit aber, welche bei gröfseren Strafen erforderlich ist, wird nicht weniger bei geringeren erfordert, da die Gröfse der Strafe in dieser Rücksicht keinen Unterschied machen kann [226]). Diese Verfahrungsart der Rechtsgelehrten hat denn auch auf die Gesetzgebungen eingewürkt, welche den Verdachtsbeweis adoptirten. Sie thaten dies, heifst es im N. A. d. Cr.-R. V. p. 635. 636., mit augenscheinlicher Ängstlichkeit. In Oldenburg [227]), Baiern und Bremen [228]) kann darauf keine Todesstrafe erkannt werden. Da keine andere Strafe angedrohet ist, ohne eine solche Androhung aber nicht erkannt werden kann [229]); so wird bei gleichem Beweise der eines todeswürdigen Verbrechens Angeklagte straffrei bleiben, während der z. E. wegen eines Verbrechens Angeklagte, worauf lebenslängliche Freiheitsstrafe steht, diese Strafe erleiden muss.

---

224) Ebendas. III. 114. 115. VIII. 140. 141.

225) Ebendas. III. 403. VII. 228.

226) Ebendas. III. 403. VIII. 582. 583. Stübel a. a. O. §. 275.

227) Str.-G.-B. a. 813.

228) N. Arch. d. Cr.-R. VI. 12.

229) Ebendas. III. 403. 404.

In Östreich darf nur höchstens auf Kerkerstrafe von 20 Jahren gesprochen werden [230]); in Hannover, statt auf den Tod, nur auf 20 Jahre Zwangsarbeit; statt auf lebenslängliche öffentliche Arbeitsstrafe, nur auf 10 bis 12 Jahr; statt auf Ehrlosigkeit, nur auf öffentliche Arbeit oder Gefängniss [231]).

10) Vergleichung der heutigen Grundsätze über den Verdachtsbeweis mit denjenigen, welche die Abschaffung der Tortur bewürkten.

Wenn man die gegenwärtigen Grundsätze über den Verdachtsbeweis mit den Verhandlungen vergleicht, welche der Abschaffung der Tortur vorangiengen; so ergiebt sich das auffallende Resultat, welches man spafshaft nennen möchte, wenn die Sache nicht so ernst wäre, dass der verdächtige, aber unschuldige Angeklagte, welchen man doch durch Aufhebung der Folter schützen wollte, dadurch weit übler daran ist. War also die Tortur unzuverlässig, ungerecht, barbarisch [232]); so ist es ja die Condemnation auf Verdachtsbeweis noch in viel höherem Grade. Die Tortur hatte der Gerichtsbrauch viel mehr, als die Carolina, beschränkt. Sie wurde viel vorsichtiger und nicht so leicht erkannt [233]). Man erforderte mehr als halben Beweis, erkannte sie also nicht mehr auf *ein*, wenn gleich noch so nahes Indicium, insonderheit nicht, wo die nachtheiligen Anzeigungen auf verschiedene Weise

---

230) N. Arch. d. Cr.-R. III. 329. Pfeiffer II. 440.

231) N. Arch. d. Cr.-R. VI. 262.

232) Ebendas. V. 635. Feuerb. a. a. O. §. 590. not. c.

233) Meister l. c. §. 432. et not. b.

und auch zum Vortheile des Inquisiten erklärbar waren [234]) (also, um nach jetziger Weise zu reden, das Gegentheil der Schuld vernünftigerweise noch denkbar war). Es war folglich der Verdacht, worauf man die Folter zuliefs, wenigstens ein solcher, den man jetzt einen vollkommenen Beweis durch Anzeigungen benennt. Ferner wurde die Marter nur bei den schwersten, vorzüglich den mit dem Tode bedrohten, Verbrechen angewandt [235]). Sie musste immer ein geringeres Übel bleiben, als die zu erwartende Strafe [236]). Der Unschuldige, wenn er sie überstand, war von Strafe frei [237]).

Hiergegen sagte man denn, diese körperlichen Schmerzen seien eine Strafe, man könne Niemanden strafen, von dem man nicht wisse, ob er schuldig sei [238]), welcher möglicherweise als unschuldig betrachtet werden könne [239]). Wer hätte es denken sollen, dass diese menschenfreundlichen Bemühungen den gerade entgegengesetzten Erfolg haben würden, dass der Unschuldige bei demselben Verdachte nunmehr nicht allein bei der Anklage wegen der schwersten, sondern wegen aller und jeder Verbrechen, nicht sowohl ein geringeres Übel, sondern die volle Strafe selbst unausbleiblich leiden muss: so dass man nun noch mit mehrerem Rechte mit

---

234) Meister l. c. §. 435. Martin a. a. O. §. 113. not. 9. Danz a. a. O. §. 216. VI. Koch l. c. §. 556. not. x.

235) Meister l. c. §. 435. Danz a. a. O. n. V.

236) Feuerb. a. a. O. §. 589. Koch l. c. §. 855.

237) Feuerbach §. 592. Grolmann §. 503. Meister §. 440. Koch §. 875.

238) Matth. ad L. 48. D. T. 16. c. 5.

239) Grolmann §. 500. Mittermaier II. 157. 158.

Augustin de civitate dei L. 19. C. 6. sagen kann: »innocens luit pro incerto scelere certissimas poenas, non quia illud commisisse detegitur, sed quia non commisisse nescitur.«

Hiernächst bemerkten die Vertheidiger der Tortur allerdings mit Recht, es werde auf eine durch dieselbe erzwungene Bejahung nicht das geringste Gewicht gelegt. Der Angeschuldigte müsse, frei von allem Zwange, sein Geständniss der That mit allen und jeden Umständen derselben (welche ihm in der ganzen Untersuchung nicht vom Richter vorgehalten werden dürften) ablegen, und es werde erst eine Condemnation darauf gebauet, wenn sich nach gehöriger weiteren Untersuchung ergebe, dass es völlig glaubwürdig sei, insonderheit dass ein Unschuldiger so nicht hätte aussagen können [240]). Wären alle peinlichen Gerichte so besetzt, wie sie billig besetzt sein sollten, sagt daher Danz a. a. O. §. 214., würden daneben die Vorschriften der peinlichen Gerichtsordnung nach ihrem ganzen Geiste und Zusammenhange genau befolgt; so dürfte wohl die Geschichte weniger unglückliche Opfer der peinlichen Frage aufzuweisen. So lange aber freilich jenes noch fromme Wünsche bleiben (1798), darf allerdings die Marter nur mit der höchsten Vorsicht und so selten, als möglich, angewendet werden. — Wenn nun gleich die Vertheidiger des Beweises durch Vermuthungen sich wegen der Besetzung der Gerichte ganz consequent mit einer, auch ohne-

---

240) Kochs Vorrede zu seiner Ausgabe der Carolina. p. 14 f. Feuerbach a. a. O. §. 593. Meister l. c. §. 441. 438. Danz §. 217. u. not. 6. §. 218.

dem höflichen, Vermuthung helfen; so kann sich doch diese nicht wohl auf einen solchen Zusammenfluss von Vortrefflichkeiten erstrecken, als sie in dem Richter erfordern, damit er ohne Gefährde für die Unschuld den Verdachtsbeweis führen und beurtheilen könne. Denn dieser Zusammenfluss ist nicht in dem gemeinen Laufe der Dinge, sondern etwas Ungemeines, eigentlich wohl etwas Unmögliches. Hierin hatte also die Tortur in sofern ebenfalls den Vorzug vor dem Verdachtsbeweise, als sie nur selten angewandt wurde, dieser aber häufig zur Anwendung kommt, und deshalb für die Unschuld viel gefährlicher ist, als jene. Was also Matthäus l. c. von der Tortur sagt: »Cuius autem rei tam lubricus et periculosus casus est, ut paulo momento aut nocens elabi, aut innocens opprimi possit, ea iudex sapiens, qui in consilio pietatem habet et religionem, nequaquam uti debet«, kann man mit viel gröfserem Rechte vom Verdachtsbeweise sagen.

Die Vertheidigung der Tortur aus dem Gesichtspuncte der Unentbehrlichkeit war ganz dieselbe, wie beim Verdachtsbeweise. »Ich fürchte«, heifst es bei Koch in der allegirten Vorrede p. 14., »dass die gröfsten Missethaten zum Nachtheil des gemeinen Wesens unbestraft bleiben, wenn man alle Tortur gänzlich abschafft, und verruchte Bösewichter wissen gemeiniglich ihre Thaten so einzurichten, dass ohne ihr eigenes Geständniss kein völliger Beweis gegen sie erbracht werden kann. Was will man denn mit einem sehr verdächtigen, aber nicht völlig überwiesenen Inquisiten machen, ihn mit der ordentlichen Strafe belegen? Dieser Ausweg fällt wohl von selbst weg u. s. w.«

Es ist gefährlich, sagte man, die Folter abzuschaffen, weil sonst der gemeine Mann glaubt, es gäbe gar kein Mittel mehr, die Wahrheit zu entdecken [241]). Sie ist zwar gefährlich, man kann sie aber nicht entbehren, so lange nicht andere Mittel aufgefunden werden, die öffentliche Sicherheit zu erhalten, welche der Unschuld weniger gefährlich sind [242]). (Ein solches ist denn freilich im Verdachtsbeweise am wenigsten gefunden). Damals antwortete man wohl mit dem schönen, jetzt aber ziemlich in Verruf gekommenen, Ausspruche Trajans in l. 5. D. de poenis (48. 19.): »satius esse, impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnare«, oder mit andern Worten: »es ist besser, dass der Staat Unrecht leide, als Unrecht thue«, sprach auch wohl von der Bequemlichkeitsliebe der Richter, welche in der Folter ein leichtes Auskunftsmittel fänden [243]). Davon hört man jetzt rücksichtlich des Indicienbeweises nichts, obgleich man doch, was insonderheit den letzten Punct betrifft, wohl sagen könnte, es sei leichter, ein paar Verdachtsgründe zusammenzusuchen und dann ein mystisches Wahrheitsgefühl zu profitiren, als einen ordentlichen Beweis zu führen, insonderheit das mühsame Geschäft zu übernehmen, einen Inquisiten zum Geständnisse zu bringen, und dadurch der ganzen Sache Klarheit und dem Urtheile Sicherheit zu verschaffen [244]); woraus sich zum Theil die Leiden-

---

241) Mittermaier a. a. O. II. 161.

242) Meister l. c. §. 432. not. b.

243) Mittermaier a. a. O. II. 160.

244) N. Arch. d. Cr.-R. IX. p. 99.

schaftlichkeit erklären mag, die man gewöhnlich bei den Vertheidigern des Indicienbeweises findet. Die Beschönigung unglücklicher Fälle ist auch bei den Anhängern der Tortur und des Verdachtsbeweises dieselbe [245]). Sie fallen den Richtern und nicht der Sache selbst zur Last [245]).

Unter diesen Umständen möchte Mancher leicht verleitet werden, sich die Sache folgendergestalt vorzustellen. Kaum habe man endlich die Rechtsgelehrten mit ihren Marterwerkzeugen und nachher mit ihren aufserordentlichen Strafen zur Vorderthür hinausgetrieben gehabt; so hätten sie sich mit dem vollständigen Verdachtsbeweise zur Hinterthür wieder hereingeschlichen, und trieben es nun noch ärger, als zuvor. Dass sie hier nicht dieselben Gegner, wie rücksichtlich der Tortur u. s. w., gefunden hätten, rühre daher, dass nunmehro die Wahrscheinlichkeit Gewissheit geworden sei und Viele diese Verwandlung nicht gehörig zu würdigen verstanden hätten. Als Mittel zum Zweck sei dies eine höchst glückliche Idee gewesen, weil sie allen Anstofs vermieden und die Niederlage erst mit der Tortur und dann mit den aufserordentlichen Strafen mehr als reichlich ersetzt hätte. Es habe sich daher auch hier der alte Erfahrungssatz: »audentes fortuna iuvat« bestätigt.

11) Vergleichung der Deutschen auf Verdacht verurtheilenden Criminalgerichte mit den Französischen Geschwornengerichten.

Wenn von diesen jetzigen Deutschen Grundsä-

---

245) Koch in d. Vorrede. p. 16. Mittermaier a. a. O. II. 161. N. Arch. d. Cr.-R. VII. 216. 217.

tzen über den Verdachtsbeweis die Rede ist; so pflegt man wohl einen verächtlichen Seitenblick auf die Französischen Geschwornengerichte zu werfen und anzudeuten, dass wir Deutsche das Ding viel besser verständen. Dazu hat man aber gewiss keine Ursache. Vielmehr scheinen die Franzosen ihren vorzüglichen praktischen Tact auch hier bewährt zu haben. Denn

1) sie verwerfen zwar alle gesetzliche Beweistheorie [246]), wollen aber keinesweges, dass Jemand auf blofse Wahrscheinlichkeit soll bestraft werden können. Die Richter sollen vielmehr mit der gröfsten Gewissenhaftigkeit die Beweise prüfen und nach den Regeln für das vernünftige Denken entscheiden, ob sie eine innige Überzeugung von der Schuld des Angeklagten haben [247]), was Alles nach dem oben Vorgetragenen den Verdachtsbeweis geradezu ausschliefst. Unrichtig ist es daher, wenn es im N. Arch. d. Cr.-R. V. 536. heifst: die Französische Legislation verweise alle und jede Abwägung der Beweismittel an das Gefühl, um durch dieses, wie durch einen Gottesspruch, die intime Conviction zu erhalten. Denn »raison«, worauf die Beweise nach Code d'instr. crim. a. 342. würken sollen, heifst ja nicht: Gefühl, sondern: Verstand, Vernunft [248]).

Jene Deutschen Gesetzgebungen stellen dagegen eine mühsame Beweistheorie auf, authorisiren aber zugleich einen damit nicht vereinbarlichen, sogenannten vollen Verdachtsbeweis, dessen Merkmale

---

246) Code d'instruction criminelle a. 342.
247) C. d'I. cr. a. 312. 342.
248) vergl. N. Arch. d. Cr.-R. IV. p. 476.

nicht gehörig bestimmt werden können [249]) und wodurch etwas gewandte Richter, woran es in Deutschland nicht fehlt, auch die übrige Beweistheorie häufig ganz über den Haufen zu werfen vermögen. Zugleich geben sie dadurch, dass sie vorschreiben, auf blofsen Verdacht zu strafen, grofsen Anstofs. Die gebildetsten und edelsten Männer der Nation werden erstaunen, wie es nach den Gesetzen der Gerechtigkeit zu dulden sei, Leben, Ehre, Freiheit u. s. w. der Staatsbürger dem Misslichen eines solchen Beweises auszusetzen [250]). Diesen Anstofs haben wenigstens die Französischen Gesetzgeber vermieden, wenn sie auch etwa gedacht haben sollten, bei ihrer Einrichtung möchte wohl häufig hohe Wahrscheinlichkeit zur Gewissheit werden. Indess ist selbst unter dieser Voraussetzung diese Einrichtung die bessere, weil sie nicht so gefährlich für die Unschuld ist, als die Deutsche. Denn

1) die Geschwornen [251]) sind meistens mitten im Verkehre mit der Welt begriffene Männer aus der gebildeten Classe, die Deutschen Richter hingegen Männer, welche ihr mühsames Studium sehr von dem Verkehre mit der Welt abzieht. Durch jene muss daher mit mehrerer Sicherheit constatirt werden können, was dem gemeinen, gewöhnlichen Laufe der Dinge gemäfs ist, als durch diese, welche auch überdies sich leicht durch den Schlendrian der in ihrem Collegio einmal angenommenen Meinungen irre leiten lassen.

---

249) Hitzig a. a. O. XIX. 56.
250) Hitzig a. a. O. XIX. 61.
251) C. d'I. Cr. a. 381. 382. 393.

2) Die Geschwornen sind meistens frei von Einflüssen und von der Regierung unabhängig, wohlwollend, eher auf Seiten des Angeklagten, als gegen ihn [252]). Den Deutschen Richtern ist die Gunst der Regierung wegen dessen, was sie von ihr hoffen oder fürchten, meistens nicht gleichgültig. Dadurch wird ihre Unparteilichkeit bei Anschuldigungen wegen politischer Verbrechen u. s. w. sehr bedenklich. Auch halten wohl viele Richter gleichsam ihre Ehre für compromittirt, wenn ein sehr verdächtiger Angeklagter besonders bei schweren Verbrechen mit grofsem Missfallen höchsten Orts oder beim Publicum unbestraft bliebe, ja Mancher derselben möchte es für eine Beleidigung halten, wenn man voraussetzte, es sei ihm gleichgültig, ob der Angeschuldigte bestraft werde oder nicht, oder ihn gar einen Vertheidiger des Angeklagten nennte, wie man in England thut [253]). Es ist dies wohl Schuld des Inquisitionsprocesses, welcher immer unnatürlich bleibt. Überdies sind diese Richter durch beständiges Gewöhnen, überall Verbrechen aufzusuchen, abgehärtet, und so möchte wohl bei ihnen eine Stimmung wider den Angeklagten, verbunden mit dem Wunsch, ihm beizukommen, nicht eben selten sein, obgleich die Gesetze das Gegentheil gebieten [254]). Wenn es wahr wäre, dass man sich in unserer Deutschen Praxis dreht und wendet, um zu einer Strafe zu kommen, wie im N. A. d. Cr.-R. X. p. 177. behauptet wird;

---

252) N. Arch. d. Cr.-R. IV. 467.

253) N. Arch. d. Cr.-R. IV. 467.

254) l. 32. in p. l. 42. D. de poenis (48. 19.) l. 155. §. 2. D. R. l. c. 15 et 49. eod. in 6to.

so könnte man ja auf gemeine Ehrlichkeit nicht einmal Rechnung machen. Wen man aber gern hängen will, für den ist im Indicienbeweise der Strick leicht gefunden.

3) Es hat der Angeklagte rücksichtlich der Geschwornen ein sehr ausgedehntes [255]), rücksichtlich Deutscher Richter ein schwieriges und beschränktes Recusationsrecht.

4) Es wohnen die Geschwornen dem ganzen Processe bei, können daher die Wahrscheinlichkeit besser ermessen, als Deutsche Richter, bei denen dies nicht der Fall ist.

5) Dass die Geschwornen keine Gründe ihrer Condemnation anzugeben brauchen, ist gewiss ebenfalls ein Vorzug, wenn sie auf Wahrscheinlichkeit sprechen. Denn dann kann man keine Gründe angeben, weil keine vorhanden sind; vielmehr der Obersatz des Schlusses ohne Fundament ist. Wie man durch Zählen und Classificiren der Verdachtsgründe hinter die Wahrheit kommen könne, wird das Publicum nicht begreifen und nur zu leicht darüber spotten. Dem unschuldig Verdammten wird es als eine Abscheulichkeit erscheinen, und auch der Schuldige sieht ja ein, dass man ihn condemnire, ohne Etwas zu wissen. Das Classificiren kann man sich, wie schon oben bemerkt ist, erleichtern, besonders in einem Lande, wo das gemeine Recht zur Übung in Sophismen und Verdrehungen so viele Veranlassung giebt. Allenfalls unterlässt man es zuletzt ganz, weil die Praxis diese Vorschrift nicht mehr anerkennt.

---

255) C. d'I. Cr. a. 387. 395. 399 f.

Mehrere Indicien werden sich finden, wenn nur erst eins gefunden ist. Es ist vielmehr zu befürchten, dass man es damit übertreibt und aus Allem und Jedem Gift zieht; so dass ein Mann von einigem Geschmack in einem solchen Gerichtshofe so wenig ausdauern kann, als in einer Gesellschaft von Klatschschwestern, und unwillkürlich an eine Stelle in Göthes Egmont erinnert wird, wo es heifst: »Mit mehr Sorgfalt suchen die Bettelweiber nicht die Lumpen aus dem Kehricht, als so ein Schelmenfabrikant aus kleinen, schiefen, verschobenen, verrückten, verdrückten, geschlossenen, bekannten, geleugneten Anzeigen und Umständen sich endlich einen strohlumpenen Vogelscheu zusammenkünstelt, um wenigstens seinen Inquisiten in effigie hängen zu können.«

IV.

Über die Absolution von der Instanz in Criminalsachen.

Damit Tyrannei und Willkür vermieden werden, übt der Staat sein Strafrecht dergestalt aus, dass gegen den Angeschuldigten, als Beklagten, mittelst eines regelmäfsigen Rechtsstreits verhandelt und entschieden wird. Der allgemeinen Natur des Processes zufolge ist der Vorwurf des Criminalprocesses die Frage, ob der Angeklagte zu verurtheilen oder

freizusprechen sei, und deren Entscheidung hängt wieder davon ab, ob die Thatsache, welche behauptet werden muss, dass der Angeklagte das Verbrechen begangen habe, gegen diesen bewiesen oder nicht bewiesen ist. Wurde dafür nur Vermuthung erbracht; so ist nicht gehörig bewiesen, und es muss daher dieselbe Folge eintreten, als wenn gar nichts bewiesen wäre. So wie jeder Kläger, ehe er einen Process anfängt, erst überlegen muss, ob er auch den Beweis, der ihm obliegt, zu führen im Stande sei; so muss dies ebenfalls hier geschehen. Alles dieses bringt die Natur der Justiz mit sich, welche bestimmt ist, aus streitigen Rechten der Staatsbürger unstreitige zu machen, nicht aber auszusprechen, dass sie nach wie vor streitig bleiben sollen. Letzteres geschähe aber, wenn man in dem Falle, dass kein Beweis, sondern nur Verdacht erbracht ist, aussprechen wollte, dass das Verfahren wider den Angeklagten zwar für jetzt einzustellen sei, jedoch sobald man mehreren Verdacht oder Beweis zu finden glaube, von Neuem wieder angefangen werden solle. In Civilsachen würde man dies unbedenklich für eine unzulässige Begünstigung des Klägers erklären, und doch will gerade der Staat seinem Strafrechte nur im Wege des Processes Würksamkeit geben, damit der Angeklagte diejenigen Rechte haben soll, welche die Natur eines Beklagten mit sich bringt, und dergestalt die bürgerliche Freiheit aufrecht erhalten werde. Ein solches Verfahren wirft die Hauptregel des Processes: »actore non probante reus absolvitur« über den Haufen und verlangt vom Angeklagten den Beweis des Gegentheils desjenigen, was man gegen ihn nicht be-

wies, aber zu beweisen schuldig war. Kann er diesen nicht liefern; so wird er als ein zweideutiger verdächtiger Mensch öffentlich bezeichnet. Dadurch wird es ihm oft schwer, mit andern rechtlichen Menschen die gewöhnlichen Geschäfte des gemeinen Lebens vorzunehmen, sich Nahrungsquellen zu eröffnen oder die bereits vorhandenen zu benützen, und er muss immer zwischen Furcht und Hoffnung schwebend besorgen, dass der peinliche Process wider ihn erneuert werde [1]). Alles Folgen, welche mit bürgerlicher Freiheit unverträglich sind.

Die Franzosen betrachten daher auch das: »non bis in idem« als einen Satz, welcher gar keines Beweises bedarf. Die Geschwornen sprechen nur: schuldig, oder: nicht schuldig. Im letzteren Falle wird der Angeklagte freigesprochen und kann wegen derselben Handlung nie wieder angeklagt werden [2]). Auch nach gemeinem Deutschen Rechte findet in Criminalsachen keine Absolution von der Instanz Statt. Diese ist eine Mafsregel, welche in Civilsachen eintritt, wenn der Libell inept [3]) oder der Kläger im ersten Verfahren ungehorsam ist [4]). Kann nun von derselben für den Fall, wenn Kläger keinen vollständigen Beweis erbrachte, ohne Unvernunft in Civilsachen kein Gebrauch gemacht werden; so ist nicht einzusehen, wie dies in Criminalsachen möglich sei. Denn hier gilt nach l. 4. C. de edendo (2. 1.) dasselbe, wie in Civilsachen, dass, wenn ge-

---

1) N. Arch. d. Cr.-R. V. p. 2.
2) Code d'Instr. Cr. a. 345. 358. 360.
3) Arch. f. d. civil. Prax. V. p. 359.
4) Glück III. §. 237. 256. 258. C. O. C. P. III. T. 51. pr.

gen den Angeklagten nicht gehörig bewiesen wird, er siegt, wenn er gleich seinerseits gar nichts darthut. Daher konnte selbst unter der Regierung der tyrannischen Römischen Imperatoren der einmal Freigesprochene nicht wieder angeklagt werden, als nur ausnahmsweise, wenn eine Praevarication bewiesen wurde oder man es dem beleidigten Theile aus einer gegründeten Ursache verstattete [5]). Die Absolution von der Instanz in Criminalsachen ist sonach eine völlig rechtswidrige Erfindung der Rechtsgelehrten. Indess haben neuere Gesetzgebungen sie nicht allein angenommen; sondern sind auch zum Theil noch weiter gegangen, als die Rechtsgelehrten.

Nach dem Oldenburgischen Strafgesetzbuche kann derjenige, welcher einmal in Anklagezustand versetzt worden ist, nie absolvirt werden, als wenn er seine Unschuld beweist (a. 836.), selbst nicht, wenn der Anschuldigungsbeweis völlig vernichtet wurde (a. 837.). Er wird zwar dann von Strafe freigesprochen (a. 873.); allein das hilft ihm nicht. Denn wenn das Oberappellationsgericht dafür hält, dass neue Beweismittel sich hervorgethan haben, welche hinreichend sind, um hierauf gegen den Angeschuldigten ein Straferkenntniss zu gründen; so geht ein neuer Process wider ihn an (a. 872. 873.), wobei es merkwürdig ist, dass das Oberappellationsgericht dann auch in zweiter Instanz über dieselbe Frage nochmals entscheiden muss, über welche es schon entschieden hat (a. 850. f.). Noch weniger

---

5) l. 3. §. 1. D. de praevaricatione (47. 15.) l. 11. C. de accusat. (9. 2.) l. 7. §. 1. D. eod. (48. 2.) l. 4. §. 2. D. ad L. Iul. de adulter. (48. 5.)

hilft ihm die Freisprechung von Strafe, wenn noch etwas, jedoch weniger Verdacht, als zur Specialinquisition erforderlich ist, übrig bleibt (a. 837.). Denn wenn noch etwas Verdacht hinzukommt, so dass das Oberappellationsgericht urtheilt, es sei nunmehr genug Verdacht zur Specialinquisition wieder da; so wird er einer abermaligen Untersuchung unterworfen (a. 872. 873.), wobei zu bemerken ist, dass das Oberappellationsgericht, welches hier eigentlich die Specialinquisition erkennt, auch in zweiter Instanz darüber urtheilen muss, ob dieselbe gültig erkannt sei (a. 858.). Wird nun in dem neuen Processe der Verdacht wieder vernichtet oder soweit verringert, dass er zur Specialinquisition nicht mehr hinreicht; so wird Inquisit zum zweiten mal losgesprochen. Dabei braucht es indess nicht zu bleiben. Denn man kann ja wieder einen Theil Verdacht auffinden, welcher entweder allein, oder zu dem verbliebenen hinzugefügt, die Specialinquisition begründet, und wie oft dies geschehen kann, ist gar nicht zu bestimmen.

Bleibt am Ende des Processes noch so viel Verdacht, als zur Specialinquisition erforderlich ist, übrig; so ergeht es dem Inquisiten noch schlimmer. Er wird nur von der Instanz entlassen und ihm ein Bezirk zum Aufenthaltsorte angewiesen. Zugleich muss er nach Gröfse des Verbrechens für 5 resp. 2 Jahre Caution bestellen, dass er diesen ohne Vorwissen des Gerichts nicht verlassen und sich jedesmal auf Erfordern vor Gericht stellen wolle, und noch überdies bei sehr schweren Verbrechen 5 Jahre unter Polizeiaufsicht bleiben. Diese Caution kann er gewöhnlich nicht stellen. Dann wird er, wenn

die Anklage auf ein sehr schweres Verbrechen gieng, 5 Jahre in einem öffentlichen Arbeitshause verwahrt und nach deren Verlauf noch auf eben so lange unter die besondere Aufsicht der Polizei seines Wohnorts gesetzt, bei geringeren Verbrechen aber tritt die letzte Aufsicht auf 5 resp. 2 Jahre allein ein (a. 874—877.). Selbst wenn der Verdächtige diese Zeiträume überlebt, kann er dessenungeachtet keineswegs ruhig sein. Denn entdecken sich neue Verdachtsgründe oder Beweise, welche die Hoffnung geben, für sich allein oder in Verbindung mit den schon vorhandenen dessen Überführung oder (welche unsichere Hoffnung!) Geständniss zu bewürken; so kann er ohne Weiteres wieder in Untersuchung genommen und verhaftet werden (a. 879.), und so kann bei abwechselnden Untersuchungen und Entbindungen von der Instanz sein Leben im Verhafte, Arbeitshause u. s. w. verstreichen.

Auch mit Bestrafung concurriren manchmal Lossprechung oder Entbindung von der Instanz wegen derselben Handlung. Musste auf die Anklage wegen einer That als Verbrechen zur Zeit eine Lossprechung erfolgen, sie war aber wegen derselben Handlung als Vergehen erwiesen; so kann nach dem Oldenburgischen Strafgesetzbuche eine Vergehensstrafe erfolgen, nicht aber bei einer Entlassung von der Instanz wegen des Verbrechens (a. 838. 840.); letzteres (was aber in den Neuen Bestimmungen ad art. 500. 508. 838. 840. aufgehoben ist) vielleicht deshalb, weil man bei der gröfseren Wahrscheinlichkeit sich den Fall eines sich noch ergebenden völligen Beweises als leicht möglich dachte und daher den Conflict der verschiedenen Strafen vermeiden wollte. Wenn

nun Jemand blofs wegen eines Vergehens verurtheilt worden ist, sich aber nachher die Beweise solcher beschwerenden Eigenschaften derselben Handlung offenbaren, vermöge welcher sie in ein Verbrechen übergeht, weshalb auf Zuchthaus oder auf noch schwerere Strafe erkannt werden konnte; so soll nach Strafgesetzbuch a. 883. Nr. 1. die Wiederaufnahme der Untersuchung zum Nachtheil des Verurtheilten auf Verfügung des Criminalgerichts Statt finden. Dies ist in den Neuen Bestimmungen zu diesem Artikel dahin ausgedehnt, dass es so oft Statt hat, als nach erfolgter Verurtheilung sich die Beweise solcher beschwerenden Eigenschaften derselben Handlung offenbaren, vermöge welcher sie in ein Verbrechen übergeht, weshalb auf eine schwerere Strafgattung erkannt werden konnte. Wie es zu halten sei, wenn die zum Theil oder ganz schon erlittene Strafe sich an der zu erleidenden, z. E. der Todesstrafe, nicht abrechnen lässt, darüber fehlt es an Bestimmungen.

Auch sieht man nicht, aus welchen Gründen nach Art. 891. die Entlassung von der Instanz die Verurtheilung des Inquisiten in die Processkosten zur nothwendigen Folge haben soll. Die im N. A. d. Cr.-R. V. p. 14. angeführten: »bei der Entlassung von der Instanz werde immer ein bedeutender Verdacht vorausgesetzt, den der Verdächtige nicht zu heben vermöge; ein solcher Verdacht entstehe auch meist durch die Schuld des Verdächtigen, auch sei es leicht möglich, dass der Verdächtige in der Folge noch überwiesen und schuldig gefunden werden könne, und da demselben gegen ein solches Urtheil die Revision gestattet sei; so habe er dadurch

ein Rechtsmittel erhalten, sich von den Processkosten zu befreien«, scheinen theils ganz unpassend, theils auf eine Justiz in Bausch und Bogen berechnet zu sein. Kaum *ein* Rechtsgelehrter hat die Nothwendigkeit der Condemnation in die höchsten bei jeder Absolution von der Instanz je behauptet; sondern Viele nur für den Fall, wenn Inquisit zu gegründetem Verdachte gegen sich selbst die Veranlassung gegeben hatte [6]), wogegen Andere auch dann die Kostencompensation annehmen [7]).

V.

Von der Zauberei.

Von der Zauberei liest man nicht allein in den Geschichtsbüchern, sondern auch in der Bibel, in den Römischen, Canonischen und Deutschen Rechten, vorzüglich in der Carolina, in welcher letzteren Art. 44. deren Anzeigen angegeben sind und sie Art. 109. mit Strafe (bei verursachtem Schaden sogar mit dem Feuertode) bedroht wurde. Ungeachtet also der Glaube daran recht sehr auf historischem Grunde beruhte; so machte doch endlich das Licht der gesunden Vernunft, besonders durch Thomasius Be-

---

6) Feuerbachs Lehrb. d. peinl. R. (A. 7.) §. 655. Meisteri princ. iur. crim. (ed. 3.) §. 478.

7) Grolmanns Grunds. d. Criminalrechtswissensch. (A. 2.) §. 546. II. n. 3. C. C. C. a. 61.

mühungen, mit dem beginnenden 18ten Jahrhundert demselben und den vielen Gräueln und Justizmorden, die er in Deutschland verursacht hatte, ein Ende. Es hielten indess nicht wenige Criminalisten mit der allgemeinen Cultur keinesweges gleichen Schritt; sondern blieben Anhänger des Hexenglaubens. Erinnert man sich bei dieser Gelegenheit, dass in jetzigen Zeiten Manche derselben auch die Todesstrafe nicht aufgeben wollen, sondern glauben, der Staat sei so schwach, dass er ohne solche widerliche Abschlachtungen sich nicht wohl befinden könne: so erregt jene Erscheinung kein geringes Bedenken.

Bei Matthäus heifst es nämlich noch in der Ausgabe seines Commentars de criminibus von 1715, L. 47. T. 11. C. 1. §. 5.: »die Meinung des Plinius, dass die Zauberer nichts vermöchten, sei schon von Vielen widerlegt und könne allein schon durch das: »qui fruges excantassit« der 12 Tafeln beseitigt werden. Denn es sei nicht wahrscheinlich, dass die Decemvirn ein Gesetz über das Bezaubern der Früchte gegeben haben würden, wenn sie nicht die Erfahrung gemacht hätten, dies Bezaubern sei möglich.«

Kress in Comment. H. in C. C. C. 1721. spricht zwar ad art. 44. §. 2. not. von einem alten Streite über die Frage, ob es Zauberei gebe. Plato, Aristoteles, Hippocrates, Plinius, Seneca, Horaz, der Kirchenvater Augustin und viele neuere Engländer und Holländer leugneten sie, wogegen Apuleius, Arnobius, Michael Psellus, die Scholastiker und die meisten neueren Gelehrten sie bejaheten. Er selbst lässt sich aber darüber nicht aus, behandelt indess die Materie weitläuftig dergestalt, dass man wohl sieht, er zweifle keinesweges an ihrem Fundamente.

Leyser sagt in Sp. 608. von 1737. m. 4.: »Magiam dari, magos esse, haruspices esse, sagas esse, pacta cum diabolo intercedere, artes, quibus modo incomprehensibili, contra naturae ordinem et leges hominibus, bestiis, frugibus nocetur, exerceri, tumultus, turbasque in aedibus et passim, ut caussa nulla appareat, excitari, spectra adparere, aliqui hodie non credunt, plerique, quibus incredulitas haec, magnorum hominum suffragiis fulta, pulchra et decora videtur, se non credere dicunt. Ipse olim iuvenis, quum credulos a praeceptoribus et commilitonibus, deinde a collegis, derideri animadverterem, ne simplicitatis nota adspergerer, illa omnia negari; nunc credo, certissime persuasus, atque manibus meis, oculis, fide historiarum, fide actorum, narratione testium omni exceptione maiorum convictus.« Zur Erläuterung des ersten Satzes dient, was er med. 8. äufsert: »in scholis historiae omnes de magis et incantatoribus tanquam fabulae ineptissimae, et homines, qui fidem iis adiicerent, tanquam cerebro vacui describebantur.« Er meint med. 7., der Unglauben derjenigen, die die Zauberei leugneten und deren Würkungen auch nur in Zweifel zögen, oder Alles natürlich erklärten, sei noch lächerlicher oder eben so lächerlich, als die zu grofse Leichtgläubigkeit Anderer.

Mit Vergnügen liest man dagegen bei Engau in elem. iur. crim. (ed. 5. von 1760.) L. 1. T. 38. §. 440.: der Zauberei liege stets entweder Betrug oder Aberglaube oder Melancholie zum Grunde, und es müsse darnach entweder eine aufserordentliche Strafe, oder Kirchencensur oder ärztliche Hülfe eintreten, welches jedoch wieder durch Koch getrübt

wird, in dessen institutionibus iuris criminalis (Ausgabe von 1788!) es noch §. 420. heifst: »hodie, quid de magia statuas, fere periculosum videtur etc. Quisque sibi eligat sententiam, quae ipsi placet.«

Seitdem nach etwa hundert und mehr seit Thomasius verflossenen Jahren ist es nun wohl so weit gekommen, dass die Criminalisten der Zauberei, als eines Verbrechens, nicht weiter erwähnen. Wenigstens verfährt Feuerbach in seinem Lehrb. d. peinl. R. (A. 7. 1820.) so. G. I. F. Meister in princ. iur. crim. (Ausgabe 1798.) §. 319. 320. und Grolmann in den Grunds. der Criminalrechtswissenschaft (A. v. 1805.) §. 374. gedenken derselben noch, aber blofs in der Art, wie Engau.

Desto schlimmer steht es mit unsern Civilisten, welche noch sämmtlich den Glauben an Zauberei festhalten. Denn sie geben uns die Verordnung l. unic. C. de thesauris (10. 15.): dass ein Schatz, bei dessen Auffinden der Eigenthümer des Bodens Zauberkünste gebrauchte, dem Fiscus zufällt, als noch jetzt geltendes Recht, ja sie streiten darüber, ob dasselbe wegen des Schatzes, den Jemand auf fremdem Boden durch Zauberkünste finde, ganz oder zum Theil Statt haben müsse [1]), welches Alles ja unmöglich wäre, wenn sie mit der übrigen gebildeten Welt die Zauberei für ein Unding hielten. Oder sollten sie in unserer den Rückschritten zum Theil so geneigten Zeit die Wiederkehr des Glau-

---

1) Thibaut im Syst. d. Pand.-R. (A. 5.) §. 600. und not. t. Wening-Ingenheims Lehrb. d. gem. Civ.-R. II. §. 36. Schweppe Röm. Priv.-R. (A. 2.) §. 238.

bens an Zauberei für möglich halten und die Rechte des Fiscus für diesen Fall aufrecht erhalten wollen?

VI.

Über die Richtigkeit der Lesart: utrique, in l. 3. §. 7. D. de adim. vel transf. legatis (34. 4.) und wie dennoch mit diesem Gesetze l. 10. pr. D. de rebus dubiis (34. 5.) vereinigt werden kann.

Ein Aufsatz in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, B. 1. Nr. 6. p. 96 f., und vier Aufsätze in dem Archive für die civilistische Praxis, B. 1. N. 33. p. 457. f. N. 34. p. 466. f. B. 2. N. 7. p. 83. f. B. 9. N. 20. p. 377. f. nehmen einstimmig an, dass das, was in l. 3. §. 7. de adimend. vel transf. legat. (34. 4.) und l. 10. pr. D. de rebus dubiis (34. 5.) von der Ademtion vorkommt, nicht mit einander zu vereinigen sei. Das erste Gesetz besagt: »Si duobus Titiis separatim legaverit, et uni ademerit, nec appareat, cui ademptum sit: utrique legatum debetur, quemadmodum et in dando, si non appareat, cui datum sit, dicemus neutri legatum.« Das letzte dagegen ist folgendes: »Si fuerit legatum relictum ex cognatis meis qui primus Capitolium ascenderit: si simul duo venisse dicantur, nec apparet quis prior venerit, an impedietur legatum? vel ei, qui monumentum fecerit, et plures fecerint: vel ei,

qui maximus natu est, et duo pares aetate sint: sed et si legatum Sempronio amico fuerit relictum, et duo sint aequa caritate coniuncti. Sed et si duobus hominibus eiusdem nominis fuerit legatum, puta Sempronii, mox Sempronio ademptum sit, nec appareat, cui ademptum sit: utrum datio in utriusque que persona infringitur, an ademptio nulla est, quaeri potest. Item si ex pluribus servis eiusdem nominis uni, vel quibusdam libertas relicta est? Et verius est, in his omnibus etiam legata et libertates impediri; ademptionem autem in utrumque valere.«

Der Verfasser des letzten Aufsatzes will mit einem Fragezeichen, der des vorletzten damit aushelfen, dass der erste Satz in l. 3. §. 7. Sabins Text, der zweite aber Ulpians dissentirende Note enthalte. Der erste Aufsatz sucht hauptsächlich den Ausspruch l. 3. §. 7. als richtig zu vertheidigen, wogegen der 2te und 3te Aufsatz dies bestreiten. Eine Selbstfolge ist, dass im ersten eine Abänderung des Florentinischen Textes in l. 10., im zweiten und dritten aber eine solche in l. 3. §. 7. vorgeschlagen wird. Handschriften, die in l. 3. §. 7. statt wie die Florentina utrique, neutri lesen, welche Abänderung letztere wollen, scheinen nicht vorhanden zu sein, obgleich das Gegentheil in einen obiger Aufsätze eingeflossen ist [1]), sondern nur einige Ausgaben [2]), auf welchen Umstand wohl wenig ankommen kann. Gleiches gilt von der Lesart: ademtione: statt: ademtionem in l. 10. de R. D., welche in dem ersten Aufsatze p. 120. zu einer andern Abänderung

---

1) A. f. d. c. P. I. 459.

2) ebendas. 466. 467. Z. f. g. R.-W. a. a. O. p. 99.

Veranlassung giebt. Wenigstens ist in der Gebauerschen Ausgabe des Corpus Iuris hier so wenig, als bei utrique in l. 3. §. 7. einer Variante gedacht.

Es ist nicht zu verwundern, dass die meisten Juristen von jeher den Ausspruch in l. 3. §. 7. wegen der Ademtion für unbedenklich gehalten haben, weil er würklich der gesunden Vernunft zu entsprechen scheint. Dieser widerstreitet es gewiss, wenn *ein* Vermächtniss wegfallen soll und man nicht weiss, welches, deshalb alle Vermächtnisse zu nehmen, weil jedes von ihnen darunter verstanden sein könnte; so z. E. wenn der Testator 10 Legate errichtet hätte und nachher im Allgemeinen sagte, eins von diesen hebe er wieder auf, alle zehn für wegfällig zu erklären. Die Absicht jedes Testators ist nämlich, dass sein ganzer letzter Wille, aber auch nur sein letzter Wille gelten soll, kann also keine andere sein, als dass eine völlige Undeutlichkeit gar keinen Erfolg haben, sonach unter andern nicht dazu benutzt werden soll, Jemandem Etwas zu geben, dem er nicht geben wollte (Satz. 2. des Gesetzes), oder Jemandem Etwas zu nehmen, dem er nicht nehmen wollte (Satz. 1. des Gesetzes), letzteres freilich noch zugleich höchst unbillig und daher verhasst. Dies führt auf das Princip des Römischen Rechts in l. 2. D. de his quae pro non scriptis (34. 8.): Quae in testamento scripta essent, neque intelligerentur, quid significarent, ea perinde sunt, ac si scripta non essent, reliqua autem per se ipsa valent«, womit l. 73. §. 3. de R. I. übereinstimmt, als einen Grundsatz der gesunden Vernunft.

Gegen die Anwendung desselben auf den Ademtionsfall in l. 3. §. 7. wird aber angeführt, die reine

Ademtion: «quod Titio legavi heres ne dato«, von der datio geschieden, sei an sich nicht undeutlich; sondern werde dies erst in Zusammenhaltung mit der datio an 2 Titien und so entstehe eine undeutliche datio, oder es ergebe sich aus Zusammenstellung der datio und ademptio ein dunkles Resultat als Ganzes, auf welches die Regel angewandt werden müsse, dass dasselbe, als undeutlich, für nicht geschrieben zu achten sei [3]). Hierauf liefse sich indess repliciren, eine solche Ademtion als Verfügung wegen eines nicht näher bezeichneten Titius, deren es doch so viele giebt, sei an sich undeutlich und lasse nur die Hoffnung zu, dass sie deutlich werden möchte, wenn in dem letzten Willen nur ein Titius mit einem Legate bedacht wäre. Verschwinde diese Hoffnung; so bleibe sie undeutlich, sei als nicht geschrieben zu betrachten, werde daher im Complex des letzten Willens nicht gelesen und könne sonach dasjenige nicht vernichten, was ihre Dunkelheit nicht hebe, worauf vielmehr das »cetera per se ipsa valent« der l. 2. de his, quae pro non scriptis anzuwenden sei. Allein man muss wohl annehmen, eine ademptio habe an sich nie eine Bedeutung, sondern nur in Zusammenhaltung mit dem letzten Willen, sei also, je nachdem man dann sieht, wem und was sie nehme, deutlich, sonst aber undeutlich. Beschriebe sie das Legat, das sie nimmt, auch noch so genau, es fände sich aber ein solches in dem letzten Willen nicht; so bliebe sie doch ohne alle Bedeutung; bezeichnete sie dagegen dieses Vermächtniss auch noch so mangelhaft, die Vergleichung mit

3) Arch. f. d. civ. P. I. 460. 468. 469.

dem letzten Willen ergäbe aber, wem und was sie nehmen wollte, z. E. sie beträfe einen Titius im Allgemeinen, es fände sich aber nur ein Legatar dieses Namens; so fehlte ihr die Bedeutung keineswegs.

Eine ademptio wegen *eines* Titii, während mehreren Titiis besondere Legate vermacht sind, ist daher in dem Sinne undeutlich, in welchem man überhaupt nur von einer undeutlichen Ademtion reden kann. Sie ergiebt nämlich in Zusammenhaltung mit dem letzten Willen kein Resultat darüber, welches Legat genommen sei, und es muss also auf sie l. 2. D. de his, quae pro non script. angewendet werden.

Übrigens ist auch die Annahme, sie bringe in diesem Falle dieselbe Würkung hervor, als wenn einem ungewissen Titio legirt wäre, sie mache aus der gewissen datio eine ungewisse [4]), den bekannten Regeln über die Beweislast nicht gemäfs. Wer ein Recht oder eine Befreiung von Rechten oder Anmafsungen Anderer mit Erfolg vor Gericht geltend zu machen sucht, ist schuldig, die noch ungewissen Thatsachen, deren Wahrheit das Recht oder die Befreiung als nothwendig voraussetzt, zu beweisen [5]). Die Errichtung eines Legats giebt dem Honorirten Rechte, die Aufhebung desselben dem Onerirten. So wie daher ersterer die datio; so muss letzterer die ademptio darthun: Eum, qui voluntatem mutatam dicit, probare hoc debere [6]). In Ermangelung dessen

---

4) A. f. d. c. P. I. 458. 470. 471.

5) Weber üb. d. Verbindl. z. Beweisf. VI. 1.

6) l. 22. D. de probat. (22. 3.) l. 22. in f. D. de legat. II. (31) Lauterbach in C. T. P. L. 34. T. 4. §. 3.

tritt völlig dasselbe Resultat ein, die behauptete datio, die behauptete ademptio, kann nicht anerkannt werden, obgleich der Erfolg in Ansehung des Legats in beiden Fällen nach ihrer entgegengesetzten Natur völlig entgegengesetzt sein muss, Wegfallen, Bestand desselben. Ist daher einem Titius ohne weitere Bezeichnung ein Legat vermacht; so muss derjenige Titius, der es in Anspruch nimmt, beweisen, dass er gemeint sei. Kann dies kein Titius; so fällt das Legat weg. Eben so muss, wenn einem von mehreren Titiis ohne nähere Bezeichnung das vermachte Legat genommen wird, der Onerirte darthun, welchem Titius es genommen sei. Vermag er dies nicht; so fällt die Ademtion weg und alle Legate bleiben stehen. In beiden Fällen heifst es: »non ius, sed probatio deficit«, wie in l. 30. D. de testam. tut. (26. 2.), und dies muss dem schaden, der sich aus der Verordnung ein Recht zuschreibt. Dies Alles drückt Ulpian in l. 3. §. 7. nachdrücklich und kurz aus. Er stellt beide Fälle einander durch das »quomodo et« völlig gleich, wie sie es auch würklich sind. Beide werden so entschieden, quia probatio deficit, im ersteren der Beweis des Onerirten, im letzteren der des Honorirten. Hätte er nun im ersten Satze statt: »utrique legatum debetur« gesetzt: »neutri legatum ademptum est«; so wäre es völlig dasselbe gewesen, aber wahrscheinlich kein Streit entstanden.

Allein gewiss konnte es ihm nicht einfallen, hierauf ein Gewicht zu legen. Vielleicht wollte er des Wohlklangs wegen das »ademptum« nicht gleich wiederholen, besonders da ohnedem schon ein »ademerit« vorhergieng. Vielleicht auch liebte er es, wie dies bei mehreren Gelehrten der Fall sein mag, was

sein Scharfsinn gefunden hatte, etwas paradox auszudrücken, damit die Entdeckung der Richtigkeit der Ansicht bei dem Leser eine angenehme Überraschung hervorbringe.

Mit l. 3. §. 7. D. de adim. legat. lässt sich nun l. 10. pr. D. de reb. dub. wohl vereinigen, wenn man nur in dem ersten Gesetze das Wort »separatim« gehörig beachtet. In Zweifel muss nämlich Alles, was implicite in den Worten eines Gesetzes liegt, als Vorschrift desselben betrachtet werden [7]). Daher heifst es beim Cuiac. in Recitat. in Lib. VI. Quaest. Pauli ad l. 30. de testam. tut. in l. 3. §. 7: »duobus Titiis separatim legatum est, quod non frustra aut otiose ita proponit, plane innuens, non idem esse si coniunctim.« Um also zu wissen, wann entweder die Vorschrift l. 3. §. 7. de adim. legat. oder das gerade Gegentheil, wie in l. 10. pr. de R. D., Statt hat, muss man erforschen, was das Wort »separatim« bedeute, woraus sich die Bedeutung des Gegentheils davon zugleich mit ergeben muss. Bekannt ist es, dass der Gesetzausleger, zunächst auf den Wortverstand sehend [8]), in Zweifel die gemeine gewöhnliche Bedeutung eines Worts allen übrigen vorziehn müsse [9]). Dann bedeutet »separatim« nichts Anders als: »von einander abgesondert, getrennt«; hier sonach, wie auch Cuiac. l. c. bemerkt, »separata scriptura.« Hierbei muss man stehen bleiben, da die Bedeutung: »Sonderung durch Hinzufügung unterscheidender Merkmale«, welche

7) Thibaut im S. d. P. R. (A. 5.) §. 47.
8) Ebendas. §. 44.
9) Ebendas. §. 47.

Bynkershoeck in obs. I. R. L. 2. C. 15. und die Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. a. a. O. p. 105. annehmen, wenn sie möglich sein sollte, wenigstens sehr uneigentlich sein würde. Denn getrennt können immerhin zwei Gegenstände sein, wenn sie auch sonst nicht zu unterscheiden, und vereinigt, obgleich sie sich sehr unähnlich sind. Der Widerspruch ist deshalb sehr auffallend, wenn Bynkershoeck sagt: »es werde ebenfalls *separatim* legirt *coniunctim* duobus, scilicet Titiis, cum modo sciri possit, quos destinaverit testator.« Überdies wäre das Wort »separatim« in diesem Sinne unpassend. Denn könnte man die nicht wissen, quos destinaverit testator; so träte der zweite Satz l. 3. §. 7. ein, die Legate wären an und für sich unwürksam, und es wäre daher überflüssig, nach der Gültigkeit der Ademtion zu fragen [10]). Das Gegentheil von »separatim« ist »coniunctim [11]), nicht »indistincte.« Dabei kann an eine coniunctio, wie sie beim iure accrescendi Statt findet, nicht gedacht werden, da von letzterem Rechte hier nicht die Frage ist. Vielmehr ist hier an eine Vereinigung in derselben Rede oder Schrift, im Gegensatze der obigen separata scriptura an una eademque scriptura, zu denken, welche nicht anders möglich ist, als wenn Personen einen und denselben Namen gemeinschaftlich haben und damit im Plural benannt werden, z. E. Sempronii, indem sonst immerhin separata oratio vel scriptura vorhanden ist, selbst in dem Fall: »Sempronio et Sempronio lego«, welcher daher mit Cuiac. in Recit. ad Lib. XXX.

---

10) Z. f. d. g. R.-W. a. a. O. p. 116.

11) l. 63. D. de hered. inst. (28. 5.)

D. ad l. 37. §. 1. nicht hierher gerechnet werden darf. Da also l. 3. §. 7. D. cit. auf das »separatim« in obigem Sinne beschränkt ist und dadurch zu erkennen giebt, dass beim »coniunctim« das Gegentheil Statt habe, so muss man bei diesem Gegentheile in l. 10. pr. D. cit. ein »coniunctim» in der angegebenen Bedeutung unterstellen, worauf auch letzteres Gesetz in dem Worte »Sempronіis«, oder was eins ist »Sempronii« zum Überfluss selbst hinzeigt. Hinlängliche Veranlassung [12]) dazu ist in dem Worte »separatim« in dem einen Gesetze vorhanden, wozu noch das Wort »Sempronii« in dem andern kömmt. In letzterem liegt allerdings ebenfalls eine Veranlassung, hier ein legatum duobus coniunctim relictum anzunehmen, mehr aber noch, wenn man es mit dem »separatim« in dem anderen Gesetze vergleicht, und dies hielten die Compilatoren der Pandecten ohne Zweifel für hinlänglich (was Ulpian selbst etwa mehr zur Erläuterung sagte, wissen wir ja nicht) [13]), da Justinian in der Constitution Tanta de confirmatione Digestorum §. 15. wegen anscheinender Widersprüche allgemein bemerkt: »contrarium autem aliquid in hoc codice positum nullum sibi locum vendicabit, nec invenitur, si quis subtili animo diversitatis rationes excutiet, sed est aliquid novum inventum, vel occulte positum, quod dissonantiae querelam dissolvit et aliam naturam inducit discordiae fines effugientem.« Zu letzterem kann freilich nur dann Aufforderung vorhanden sein, wenn würklich ein anscheinender Widerspruch sich zeigt [14]). Wollte man

12) Z. f. d. g. R.-W. a. a. O. p. 105. 114.
13) Ebendas. p. 114. 115.
14) Ebendas. p. 105. 116. 117.

aber dann bei Gesetzvereinigungen so schwierig sein, wie man im gegenwärtigen Falle neuerer Zeit zum Theil ist; so dürften wohl die mehrsten jetzt angenommenen Conciliationen wieder wegfallen müssen. Ist es nun hiernach klar, dass l. 10. pr. D. cit. den obigen Sinn hat; so kann es der Gültigkeit dieser gesetzlichen Disposition natürlich nicht schaden, wenn man auch den Grund derselben nicht einsähe [15]).

Indess scheint sie keinesweges unvernünftig zu sein. Bei letzten Willen kommt Alles auf die Absicht des Testators an, wobei man sich auch wohl mit Wahrscheinlichkeit begnügt, wie dasselbe Gesetz zeigt, wenn es implicite festsetzt, dass in Zweifel derjenige Freund Sempronius, der dem Testator der liebste war, als Legatar zu betrachten sei [16]). Eine solche wahrscheinliche Absicht kann man freilich hier nicht zum Grunde legen, wenn man gleich von vorn herein annimmt, Ulpian setze ganz offenbar voraus, die Meinung des Testators sei nur, einem der Legatarien das Hinterlassene zu nehmen [17]). Dies würde alle Erklärung unmöglich machen, ist aber glücklicherweise nicht darzuthun. Ein zweien Semproniis vermachtes Legat ist kein Legat für einen einzelnen Sempronius. So würde man unbedenklich argumentiren, wenn ein Legat für einen Sempronius, ein anderes für 2 Sempronii ausgesetzt und das Legat dem Sempronius wieder genommen wäre, um die Ademtion auf das Legat für den einzelnen Sempronius zu beziehen. Hat

---

15) l. 20. 21. D. de LL. (1. 3.)

16) s. auch l. 24. D. de R. D. l. 114. D. de R. I.

17) Z. f. d. g. R.-W. a. a. O. p. 108. 117.

nun der Testator den Sempronii̇s ein Legat vermacht und dem Sempronio wieder genommen; so muss nach der Wahrscheinlichkeit eher vorausgesetzt werden, dass er sich unpassend ausdrückte und die Sempronii meinte, als von einem gar nicht vorhandenen Legate sprechen wollte. Bildet Jemand ähnliche Beispiele rücksichtlich des Objects des Legats; so wird er dasselbe natürlich finden. Z. E. der Testator vermacht seine täglichen Kleider, hebt aber nachher das Legat seines täglichen Kleides wieder auf; so wird man gewiss geneigt sein, die Ademtion auf jenes Legat der täglichen Kleider anzuwenden. Obige Erklärung der Sache schwebte auch dem Cuiac. wohl vor, wenn er l. c. sagt: »quos coniunxit in dando videtur etiam in adimendo iunxisse, qua coniectura non utimur, cum separatim legatum proponitur.«

VII.

Über Moratorien.

Dass der Regent dem Schuldner Zeit zur Zahlung verstatten kann, ohne dass ein Gläubiger darein willigt, ist im Römischen Rechte nicht zu finden [1]). In l. 8. C. qui bonis cedere poss. (7. 71.) sagt Ju-

---

1) Puffendorf T. 2. o. 22. §. 1. Schweppe S. d. Concurses (A. 1.) §. 11. Dabelow v. Concurse p. 151. f. scheint das Gegentheil anzunehmen und liefert gar eine ganze Rechtsgeschichte wegen dieses Puncts.

stian blofs, dass er bei gleichen oder mehreren Stimmen der einwilligenden Gläubiger dem Schuldner eine fünfjährige Zahlungsfrist ertheilen werde [2]). Hierauf muss die unbestimmte l. 4. C. de prec. imper. offer. (1, 19.) bezogen werden, welche ferner festsetzt, dass der Schuldner hinlängliche Bürgschaft für die Bezahlung der Schuld bestellen solle. Gar nicht hierher gehört l. 2. C. eod., worin vielleicht davon die Rede ist, dass der Kaiser den Gläubiger wider eine dilatorische Einrede, z. E. die des pacti de non petendo intra certum tempus, in Schutz nehmen könne [3]).

Die Reichspoliceiordnungen von 1548. T. 22. §. 2. und von 1577. T. 23. §. 4. erlaubten dem Kaiser, den Kaufleuten, welche aus unversehenen zugestandenen Unfällen verdorben waren, Moratorien zu ertheilen, jedoch in Vergleichung des Reichsgutachtens v. 22. Jun. 1669. nur in den Fällen, in welchen sie nach gemeinen Rechten Statt hatten und nach vorläufig eingezogenem Berichte ihrer Obrigkeit. Das obige richtig verstandene Römische Recht war also im Grunde hierdurch nicht aufgehoben. Den Deutschen Landesherrn wurde in den Reichsgesetzen das Recht, Moratorien zu ertheilen, nicht zugeschrieben. Man behauptete indess wohl nicht ohne Grund, dass sie dasselbe Recht wie der Kaiser hätten, jedoch beschränkt auf ihre Territorien [4]).

---

2) Wie man hieraus, was der Römische Imperator thun wollte, eine selbstständige Verbindlichkeit der Creditoren herzuleiten vermag, wie häufig geschieht, ist nicht einzusehen. Denn jener konnte ja alles, was er wollte. Sein Wille war Gesetz.

3) Godofred. ad h. l.

4) Pütters Beitr. z. T. Staats- und Fürst.-R. Th. 1. N. 15.

Gemäfs diesen gesetzlichen Quellen bestimmte man nun folgende Requisite für die Moratorien [5]):

1) Der Schuldner muss genug Vermögen haben, aber augenblicklich ohne seinen Untergang nicht zahlen können;

2) er muss sich durch Unglück in diesem Zustande befinden;

3) es muss Aussicht vorhanden sein, dass er dereinst werde zahlen können;

4) er muss Bürgschaft für die Zahlung bestellen;

5) es darf ihm keine mehr als fünfjährige Zahlungsfrist bewilligt werden.

Des Erfordernisses, dass die Majorität der Gläubiger einwilligen müsse, pflegt man nicht zu gedenken, obgleich es doch im Römischen Rechte klar begründet ist [6]). Auch wenn alle übrigen obigen Requisite jedesmal vorhanden sein sollten, würde kaum je ein Moratorium ertheilt werden können, was freilich desto besser wäre. Insonderheit giebt die Bürgschaft vielen Anstofs. L. 4. C. de precib. imperat. offer. (1. 19.) erfordert nämlich ganz klar »fideiussionem idoneam super debiti solutione«, und dabei bleiben daher auch einige Wenige, »ne principis beneficium devergat in creditorum iniuriam« [7]). Indess was helfen häufig in Deutschland die klarsten Gesetze? Man sage nur, die Verordnung sei nicht wohl aus-

---

5) Leists Lehrb. d. T. Staatsrechts (A. 2.) §. 199. Thibauts S. d. P. R. (A. 5.) §. 1221. Danz Grunds. d. summar. Proc. (A. 2.) §. 123. Mevii discussio levam. inopiae debitor. C. 4. Sec. 8. nr. 6-8.

6) Faber in Cod. Sab. L. 1. T. 9. def. 6. 21.

7) Mev. l. c. C. 3. n. 99.

führbar, oder die Praxis befolge sie nicht, wie auch im gegenwärtigen Falle geschieht [8]) Auch die Zeit von höchstens 5 Jahren wollen Viele nicht mehr anerkennen, nehmen also an, dass der Regent ein Moratorium auf ewige Zeiten ertheilen kann, ohne dafür einen andern Grund anzuführen, als dass Alles von seiner Willkür abhange [9]). Eben deshalb glauben auch einige neuere Rechtsgelehrte, dass die jetzigen Deutschen Regenten in Ertheilung der Moratorien ganz unbeschränkt, also an keines jener Requisite gebunden seien [10]), und leiten ihr Recht, überhaupt Moratorien zu ertheilen, vermittelst einer sonderbaren Zusammenstellung aus Gewohnheit und Gerichtsbrauch [11]) oder aus Gerichtsbrauch allein [12]) (einer singulären Quelle eines Regals) her. Dies soll wohl darauf gehen, dass in Deutschland Moratorien häufig vorkamen [13]) und leicht zu erhalten waren [14]). Allein theils ist dies doch wenigstens nicht von allen Deutschen Staaten bewiesen (im Oldenburgischen war es nicht der Fall), theils hatte es gegründet be-

---

8) Schweppe a. a. O. §. 14. Dabelow a. a. O. p. 501., nachdem er vorher behauptet hatte, fideiussio idonea super debiti solutione heifse f. i. super patrimonii conservatione.

9) C. F. Walchii introd. in controv. I. C. (ed. 2.) S. 4. C. 3. M. 1. §. 6. Thibaut a. a. O. Danz a. a. O. Reinhardts Lehre v. Gant §. 52. 53. Mev. l. c. n. 16. 17. Dabelow a. a. O. p. 154.

10) Wening-Ingenheim Lehrb. d. gem. Civil-R. B. 3. §. 141. Schweppe a. a. O. §. 11.

11) Wening-Ingenheim a. a. O.

12) Schweppe Röm. Priv.-R. (A. 2.) §. 392.

13) Desselb. S. d. Conc. §. 11.

14) Dabelow a. a. O. p. 501.

fundene Beschwerden bei den Reichsgerichten zur Folge, z. E. abseiten der Mecklenburgischen Ritterschaft und Landschaft 1722 beim Reichshofrathe wegen der vielen von dem Herzoge und seinem Ministerio bisher verstatteten Moratoriorum specialium und des daraus dem Lande in Ansehung des Credits und der Handlung zuwachsenden unerschwinglichen Schadens [15]). Überhaupt wäre es ja ein Unglück für Deutschland, wenn man allen jetzigen Deutschen Regenten ein durch Gewohnheit entstandenes Recht zusprechen wollte, alles das zu thun, was vormalige Deutsche Regenten wohl einzeln häufig gethan haben. Man darf schon von dem Respecte Deutscher Rechtslehrer vor der höchsten Gewalt erwarten, dass dieselben Nichts gegen die Zulässigkeit der Moratorien überhaupt gesagt haben werden. Nur Einiges ist doch der Feder entschlüpft. So sagt z. E. Dabelow a. a. O. p. 153.: »eine Ungerechtigkeit gegen die Gläubiger bleibt allemal mit dieser Rechtswohlthat verbunden», und Schweppe im Röm. Priv.-R. §. 392. »dass die Schuldner eigentlich Moratorien nur durch den übereinstimmenden Willen der Gläubiger erhalten sollten [16]).« Die Meisten dagegen bemühen sich noch besonders, diese Acte der Machtvollkommenheit zu vertheidigen, am spafshaftesten Mev. l. c. C. 4. Sect. 8. n. 2., wo es heifst: »Nec opus est prolixius de iure talium induciarum disputare, postquam ea videmus exigi a necessitate, suaderi per humanitatem, deberi ob aequitatem, negari non posse sine humanitate, non impugnari sine malignitate, indul-

---

15) Pütter a. a. O. n. 26. not. d.

16) s. auch Genslers Commentar über Martins Civilproc., herausg. v. Morstadt, B. 2. p. 264.

geri tum creditorum utilitate, approbari iusta ratione, exerceri ubique in orbe et velut ex gentium consensu, corroborari civitatum legibus.« Nach ihnen sollen dieselben nicht allein den Schuldnern, sondern auch den Gläubigern nützen [17]), welche nun, anstatt dass sie sonst Etwas verloren haben würden, das Ganze erhalten. Dies kann indess unter der Voraussetzung, dass das Moratorium mit gehöriger Vorsicht ertheilt ist, nur dann etwa der Fall sein, wenn alle Gläubiger chirographarische sind, wogegen mehr bevorzugte, welche gleich bezahlt werden können, doch immer den Schaden haben, so lange warten zu müssen, bis auch die nachstehenden Gläubiger befriedigt werden können. Ohne Nachtheil anderer Personen sind daher Moratorien nicht denkbar [18]). Selbst einzelnen Chirographarien kann ja das Warten unendlich mehr Nachtheil bringen, als theilweiser Verlust ihrer Forderung. Und wie kann und darf der Staat überall als Vormund für die einzelnen Staatsbürger, welche das Ihrige selbst zu verwalten im Stande sind, eintreten, um in ihren Privatverhältnissen zu beurtheilen und zu bestimmen, was ihr Vortheil erfordere. Zum Theil beruft man sich auch auf das öffentliche Wohl, welches erfordere, dass der Regent Staatsbürger nicht verderben lasse, deren Gewerbe z. E. für das Allgemeine sehr vortheilhaft sei, viele Hände beschäftige u. s. w. [19]). Allein will der Staat in solchen Fällen Etwas thun; so muss es nicht auf Kosten an-

---

17) Puffendorf T. 2. o. 23. Leist a. a. O. §. 199.
18) Glück II. p. 6. not. 16.
19) Pütter a. a. O. n. 9. Glück a. a. O.

derer Einzelnen geschehen, damit er nicht jenem Heiligen sich gleichstelle, welcher das Leder stahl, damit die Armen Schuhe daraus erhielten. Ohne Sicherheit der erworbenen Rechte ist überhaupt kein Staat, kein Staatswohl denkbar, und jene können selbst, wenn sie mit der Existenz des Staats collidiren, woran hier gar nicht zu denken ist, nur gegen vorläufige Entschädigung genommen werden [20]). Dass Moratorien Treue und Glauben, somit den öffentlichen Credit, über den Haufen werfen, wird von einigen Rechtslehrern nur leise angedeutet [21]), von andern nur auf den Missbrauch von Etwas bezogen [22]), dessen Gebrauch zu begründen überall nicht möglich ist.

Übrigens bedarf es wohl keiner weitläuftigen Ausführung, dass gegenwärtig in Deutschland von keinem Moratorio weiter die Rede sein kann, und man muss sich wundern, dass in den gewöhnlichen Lehrbüchern von dieser Antiquität, als noch vorhanden gesprochen wird. Denn die Unabhängigkeit der Gerichte ist ja in allen Deutschen Staaten anerkannt. Wie könnte diese bestehen, wenn es in dem Belieben einer andern Staatsgewalt stände, ob ihre Würksamkeit, den Berechtigten gegen die Verpflichteten zu dem Ihrigen zu verhelfen, in einzelnen Fällen gehemmt werden solle oder nicht, diese andere Staatsgewalt also im ersten Fall den Berechtigten bedeuten könnte, für sie seien jetzt die Ge-

---

20) Glück I. p. 542. Pütteri inst. iur. publ. (ed. 4.) §. 119.

21) Leist sagt a. a. O., die Moratorien hätten für den öffentlichen Credit wichtige Folgen.

22) Pütter a. a. O. n. 13. Mülleri Promt. voce moratorium n. 4.

richte von ihr in Ohnmacht versetzt, sie sollten aber nach einer Reihe von Jahren, wenn sie unterdess nicht mit den Ihrigen verhungert wären, einmal wieder vorfragen, ob dieser Zustand aufgehört habe oder verlängert worden sei? Gewiss haben auch bei den Fortschritten in der Wissenschaft des öffentlichen Rechts die Ministerien der Deutschen Fürsten zu richtige Begriffe von bürgerlicher Freiheit, Sicherheit des Eigenthums, öffentlicher Treue und Glauben, als dass ihnen ein solches Verfahren auch nur entfernt einfallen sollte. Im Gegenfalle wären die Richter genöthigt, dergleichen Verfügungen, als erworbenen Rechten widerstreitend, gar nicht zu beachten [23], «ne inde iniuriarum nascatur occasio, unde iura nascuntur» [24].

VIII.

Sind die Deutschen Reichsgesetze, welche wegen des Reichscammergerichts und der Procedur bei demselben gegeben sind, zugleich Quelle des Deutschen gemeinen Civilprocesses?

Allgemein wird, wenigstens in den neuern Zeiten, diese Frage mit einigen Modificationen bejaht.

---

23) l. 7. C. de prec. imp. offerend. (1. 19.) l. 6. C. si contra ius (1. 22.) l. 10. C. de sacros. eccl. (1. 2.) N. Wahl-Cap. Art. 15. §. 5.

24) l. 6. C. unde vi. (8. 4.)

Auch in dem Archive f. d. civilistische Praxis heifst es dieserhalb B. 12. p. 9.: »nach dem richtigen Verhältnisse der reichsgerichtlichen Einrichtungen zu der Theorie des Deutschen gemeinen Civilprocesses seien die Vorschriften über das Verfahren des Reichscammergerichts zugleich Vorschriften für die Territorialgerichte, wenn die Anwendung überhaupt möglich sei und die particulären Processquellen nicht entgegenständen«, und B. 9. p. 237. 238: »man habe bekanntlich von Seiten des Reichs festgesetzt, dass die Verordnungen, welche auf die Reichsgerichte Bezug hätten, auch bei den Untergerichten, soviel, wie möglich, beobachtet werden sollten.« Hiermit stimmen die neueren Rechtsgelehrten überein [1]). Gensler a. a. O. p. 7. giebt die Ausnahmen, welche man machen will, wohl kurz und umfassend an, wenn er sagt: »Was blofs auf die äufsere Organisation des Reichscammergerichts geht, sich auf reichsstaatsrechtliche Verhältnisse jenes höchsten Gerichts zu den Reichsständen bezieht, und was mit dessen Qualität als höchster Instanz im Reiche zusammenhängt, ist keine Quelle des gemeinen Processes.«

Bie Beweisstellen, welche für alles dieses angeführt werden, sind Cammergerichtsordnung v. 1555. II. 31. §. 9. Deputationsabschied von 1600. §. 15.,

---

1) Pütteri nova epitome proc. imp. (ed. 4.) §. 5. Danz Grunds. d. gem. ord. bürg. Proc. (A. 3.) §. 9. Martins Lehrb. d. T. gem. bürg. Proc. (A. 7.) §. 4. Grolmanns Theorie d. ger. Verfahrens in bürg. Rechtsstr. (A. 4.) §. 10. Gönners juristische Abhandl. Th. 2. Nr. 2. Genslers C. üb. Martins Civilproc., herausg. v. Moorstadt, B. 1. p. 6.

welche das Concept der Cammergerichtsordnung II. 31. §. 9. folgendergestalt aufgenommen hat:

Dieweil aber hierbei die höchste Nothdurft erfordert, dass in allen Churfürstenthümen, Fürstenthumen, Landen, Herrschaften und Orten, wo die im heiligen Reich begriffen, die Unter-, Ober- und Hoff-Gericht, in denen Orten es noch nicht geschehen, und noch Mangel und Gebrechen bevor, aufs ehist, förderlichst und unverhinderlich visitirt, reformirt, mit verständigen Urtheilern besetzt, und in eine gute richtige, der Rechten, Reichs- und Cammer-Gerichts-Process gemäfse Ordnung, soviel nach eines jeden Orts Gelegenheit immer erspriefslich sein wird, gebracht, und darauf festiglich gehalten werde, damit den Unterthanen, dass sie rechtlos gestellt worden sein, Ursachen zu klagen abgeschnitten werden; So wollen Wir hiemit allen und jeden Churfürsten, Fürsten und Ständen des Reichs, und allen andern des Reichs Eingesessenen, Zugethanen und Verwandten, wie die Namen haben mögen, ernstlich auferlegt und befohlen haben, solche nützliche Anordnung ihrer Unter-, Hof- und Ober-Gericht, in denen Orten es noch nicht geschehen, und noch Mangel bevor, zum aller ehisten unverhinderlich ihren und des Reichs Unterthanen selbsten zum besten anzuordnen, und darinnen einigen weitern Aufschub, noch Einstellung nicht zu suchen.

und der jüngste Reichsabschied, welcher §. 137. verordnet:

Es sollen auch Churfürsten und Stände des Reichs, bei ihren Untergerichten die Verordnungen thun, damit, so viel müglich, bei denenselben die Norma des Cammergerichtlichen Process observirt werde, jedoch mit diesem ausdrücklichen Vorbehalt, dafern bei solchen indiciis ein anderer modus eingeführt, und bis dahero beständig hergebracht worden, dass es auch dabei sein ohngeändertes Verbleiben haben solle, gleich wohl aber, was von Abschneidung der Productorum Weitläuftigkeit oben versehen, in Acht genommen werde.

Diese Stellen scheinen aber dasjenige keineswe-ges zu enthalten, was man darin finden will. Abgesehen davon, was die letzte von Abschneidung der Productorum Weitläuftigkeit enthält und wohl auf §. 34. und 96. R. I. N. geht, unterscheidet dieselbe zwei Fälle. Entweder es war bei den Territorialgerichten ein anderer Modus, als die norma des Cammergerichtlichen Processes, eingeführt und bis daher beständig hergebracht worden, oder nicht. Auf den ersten Fall geht die gesetzliche Vorschrift gar nicht, und es müsste doch also erst ausgemacht sein, dass er, was gar nicht denkbar ist, in keinem Lande Statt gefunden habe, ehe von einer allgemeinen Würkung des Gesetzes die Rede sein könnte. Im letzten Falle sollten die Landesherrn bei ihren Gerichten die Verordnung thun, damit, soviel möglich, bei denselben die Norm des Cammergerichtlichen Processes observirt werde. Die gesetzgebende Gewalt der Reichsstände, auf die sie sehr eifersüchtig waren, sollte durch diese Clausel

erhalten werden [2]). Die Absicht vereinigt sich daher mit den klaren Worten dahin, dass die gesetzgebende Gewalt in den Territorien den Richtern Etwas vorschreiben, also letztere nicht schon ohne Weiteres etwas befolgen und selbst beurtheilen sollten, wiefern dies möglich sei. Vielmehr war es gerade der Vorzug, den die Reichsstände für sich, als Gesetzgeber, bezweckten, dass sie letzteres zu beurtheilen hätten, und also die gesetzlichen Bestimmungen der Cammergerichtsordnung u. s. w. nicht sofort auch für die Territorialgerichte gültig wären. Dabei ist besonders nicht aufser Acht zu lassen, dass die Worte »soviel möglich« in R. I. N. 1. c. nicht in ihrer ganzen Strenge genommen werden können, wie dies auch überhaupt selten geschieht. Zu sagen, dass die Reichsstände nicht verpflichtet sein sollten, etwas Unmögliches zu verordnen, wäre doch wohl sehr überflüssig und sonderbar gewesen. Vielmehr sind sie aus den Worten des älteren Gesetzes C. O. C. a. a. O.: »soviel nach eines jeden Orts Gelegenheit immer erspriefslich sein wird«, zu erklären, und dies zu ermessen, konnte doch wohl nur Sache der Gesetzgebung und nicht des Richteramts sein. Es ist nun in einem einzelnen Deutschen Lande, worin kein anderer Modus, als der des Cammergerichtlichen Processes, zur Zeit des jüngsten Reichsabschieds schon eingeführt und hergebracht war, nachher entweder eine Processordnung gegeben, oder nicht. Im letzten, jedoch kaum denkbaren, Falle [3])

---

2) Gönners jurist. Abhandl. Th. 2. N. 2. §. 2. 3.

3) vergl. Gönner a. a. O. Th. 2. Nr. 26. §. 18. not. **

müssten die Richter sich mit den Processbestimmungen des Canonischen und Römischen Rechts behelfen. Im ersten dagegen hätte der Gesetzgeber bereits festgesetzt, welche Bestimmungen des Cammergerichtlichen Processes er für sein Land ersprieſslich halte, und für den Richter wäre kein Gesetz vorhanden, welches ihn ermächtigte, auch nicht aufgenommene Bestimmungen anzuwenden.

Die Rechtsgelehrten scheinen daher die obigen Gesetze missverstanden, dadurch den Deutschen gemeinen Civilprocess mit einem beträchtlichen, dahin nicht gehörigen Theile bereichert, auch dem Studio des Reichscammergerichtlichen Processes ein ausgedehnteres Interesse, als ihm zukommt, gegeben zu haben. Dagegen verstand der kaiserliche Hof das instr. Pac. Osnabr. A. 5. §. 54., wo es heifst: »Quoad processum iudiciarium ordinatio camerae imperialis etiam in iudicio aulico servabitur per omnia,« in der Reichshofrathsordnung T. 2. §. 8. dahin, dass der Reichshofrath die Cammergerichtsordnung soviel möglich befolgen solle und gab dadurch diesem Gerichte mehr Leichtigkeit in seiner Bewegung [4]).

---

4) vergl. Pütters historische Entwickelung der heutigen Staatsverfass. d. Teutsch. Reichs. Th. 2. p. 215.

IX.

Über die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im Processe wegen eines Versehens des Procurators oder des Advocaten.

Im Römischen Rechte ist eine solche Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ohne Zweifel nicht gegründet. Nach l. 10. C. de procurat. (2. 13.) soll sogar der dolus des Procurators dem Vollmachtgeber schaden, wovon l. 7. §. 9. D. de dolo malo (4. 3.) l. 8. §. 1. D. mand. (17. 1.) nur bei Collusion mit dem Gegentheile und Insolvenz des Procurators eine Ausnahme machen, und l. 39. D. ex quib. caus. mai. (4. 6.) versagt demjenigen die Restitution, der zwar reipublicae causa abwesend ist, aber einen Procurator zurückliefs. Diesem steht auch nicht, wie Leyser Sp. 64. m. 3. glaubt, l. 26. §. 9. D. eod. entgegen, worin es heifst: »utpote legatione quis pro civitate functus est: aequissimum est, eum restitui, licet reipublicae causa non absit, et saepissime constitutum est, adiuvari eum debere, sive habuit procuratorem sive non.« Denn um keinen Widerstreit zwischen diesem Gesetze und dem vorher zuletzt angeführten anzunehmen, muss man mit Pothier in Pand. Iustin. ad h. titul. n. 41. und dem daselbst allegirten Cuiac. voraussetzen, dass dies ein Vorzug des legati einer Stadt war: »quia, cum communi civium voluntate in rem communem civium constitutus sit legatus, aequum non est, ut possit quisquam ex civibus captare lucrum ex eius

absentia« [1]). In l. 10. C. de procur. (2. 13.) wird der oben angeführten Bestimmung hinzugefügt: »Denn wenn der Procurator dolose gehandelt habe; so könne man ihn belangen.« Dies mag Veranlassung zur Behauptung mancher Rechtslehrer gegeben haben, dass die Restitution Statt finde, wenn der Procurator nicht zahlfähig sei, daher sie es als eine Cautel empfehlen, einen armen Procurator anzunehmen, bei Gegenständen von ungewissem Werthe aber die Restitution sofort und ohne vorherige Ausklagung des Procurators gestatten wollen [2]). Andere Gesetze, welche Gail L. 1. o. 45. für diese Meinung anführt [3]), sprechen wenigstens gar nicht von einem majorennen nachlässigen Procurator. Hingegen sind l. 23. in f. D. de minor. (4. 4.) und l. 13. §. 11. C. de iudiciis (3. 1.) derselben zuwider, indem sie die Restitution wegen Zahlungsunfähigkeit des Procurators nur den Minderjährigen ertheilen, und überdies geben verschiedene Gesetzstellen einen allgemeinen, sowohl bei Zahlungsfähigkeit des Procurators, als bei dem Gegentheile Statt findenden Grund an, warum der Vollmachtgeber wider das Versehen seines Procurators nicht restituirt werden könne, nämlich den, es sei seine eigene Schuld, dass er keinen besseren Procurator gewählt habe [4]). Doch

---

1) Pothier l. c.

2) Bergeri O. I. L. 4. T. 9. Th. 4. not. 2. Arch. f. d. civilist. Prax. V. 399. conf. Barth. dissens. 18.

3) l. 12. pr. D. de furt. (47. 2.) l. 3. §. 1. D. de eo, per quem fact. erit. (2. 10.) l. 7. §. 9. D. de dolo malo (4. 3.) l. 8. §. 1. D. mand. (17. 1.) l. 23. D. de minor. (4. 4.)

4) l. 3. §. 11. l. 23. D. de minor. (4. 4.) l. 7. §. 2. D. de instit. act. (14. 3.)

auch dieser Grund ist noch nicht der höchste; sondern letzterer besteht vielmehr darin, dass kein gesicherter rechtlicher Verkehr durch Bevollmächtigte, der doch durchaus nothwendig ist, Statt haben könnte, wenn nicht der Vollmachtgeber die Handlungen seines Bevollmächtigten, ohne Rücksicht darauf, ob sie ihm vortheilhaft oder nachtheilig seien, als seine eigenen anerkennen müsste. Übrigens scheint es auch in gegenwärtigen Zeiten kaum mehr bezweifelt zu werden, dass nach gemeinem Rechte diejenige Restitution, von der hier die Rede ist, nicht Statt finden könne [5]). Sie muss daher auch jetzt verweigert werden. Die obigen Gründe und der Umstand, dass dasselbe auch bei aufsergerichtlichen Bevollmächtigten gilt, zeigen hinlänglich, dass die Römischen Gesetze nicht auf einem dominio litis abseiten des Procurators beruhen. Vergebliche Mühe war es daher, wenn einige Rechtslehrer die heutige Anwendbarkeit dieser Gesetze aus der Ursache beseitigen wollten, weil der Procurator nicht mehr dominus litis sei [6]). Allein andere erzählen, man pflege doch heutiges Tages diese Restitution, und zwar gleich, ohne vorherigen Regress gegen den Procurator, zu ertheilen [7]), eine etwas zu unbestimm-

5) Martins Lehrb. d. bürg. Proc. (A. 7.) §. 80*a*. not. f. Thibaut im S. d. P.-R. (A. 5.) §. 1014. not. a. Wening-Ingenheims Lehrb. d. Civ.-R. VI. 30.

6) Boehmeri I. E. P. I. 38. §. 48. Mev. III. 29. n. 8.

7) Martin a. a. O. Grolmanns Theor. d. ger. Verf. (A. 4.) §. 65. Lauterb. in C. T. P. L. 3. T 3. §. 58. sagt: Quamvis autem haec sententia, quod dominus non restituatur ob culpam procuratoris, de iure verissima sit, contraria tamen, tanquam aequior, in foro recepta est.

te historische Behauptung, welche indess selbst in denjenigen Deutschen Ländern, in welchen sie sich bewahrheitet finden sollte, wenig Interesse haben kann, da der Gerichtsbrauch den Gesetzen nicht widerstreiten darf [8]). Manche berufen sich daher lieber auf unsere veränderte Gerichtsverfassung in denjenigen Deutschen Ländern, worin die Parteien sich öffentlich angestellter, also als tüchtig bezeichneter Procuratoren bedienen müssen. Hier sagen sie, kann der Partie wegen ihrer Wahl kein Verschulden zur Last gelegt werden, wahrscheinlich, um anzudeuten, auf ein solches Verhältniss sei des Römischen Gesetzgebers Absicht nicht gerichtet gewesen [9]), wobei sie auch zugleich die in Anwendung der allgemeinen Regel, dass die restitutio als remedium extraordinarium nicht Statt habe, so lange noch ein remedium ordinarium vorhanden ist, sich ergebende Nothwendigkeit, den Procurator erst auszuklagen, verwerfen, ohne dafür einen besonderen Grund anzugeben [10]), wahrscheinlich aber deshalb, weil der Beweis des Schadens zu viele Schwierigkeit haben würde [11]), was jedoch nicht von jedem Falle gesagt werden könnte. Denn der im Arch. f. d. civil. Prax. IV. p. 116. vorkommende Grund, dass die öffentlichen Procuratoren keine Caution bestellen,

---

8) l. 4. l. 13. C. de sent. et interloc. (7. 45.) Thibaut a. a. O. §. 16.

9) vergl. Thibaut a. a. O. §. 50. Ludolff obs. for. 124. Gönners Abh. II. N. 5. §. 2. Struben I. Bed. 52.

10) Thibaut a. a. O §. 1014. Gönners jur. Abh. II. N. 5. 6. A. f. d. civ. R. IV. p. 116.

11) vergl. Boehmeri I. E. P. I. 38. §. 48.

mithin die Partei in Ansehung einer Klage wider den Procurator immer gefährdet sei, ist doch gar zu wenig schlüssig. Dagegen möge hier vorläufig nur kurz angedeutet werden, dass der höchste Grund der Römischen Gesetze in der sonst nicht möglichen Sicherheit des Rechtsverkehrs beruht und sich unmöglich zeigen lässt, dass der Gesetzgeber solche Sicherheit dort nicht erforderlich gehalten habe, wo öffentliche Procuratoren angestellt sind.

Rücksichtlich der Advocaten kommen gar sonderbare und widersprechende Ideen in den juristischen Schriften zum Vorschein. Wernher, P. 8. obs. 363., hält dafür, gegen das Versehen eines Advocaten könne der Client nicht wie gegen das eines Procurators, wenn dieser nicht solvent sei, sondern überall keine Restitution erhalten, da der Advocat nur die Rechtsgrundsätze angebe, die Sache selbst aber nicht führe, was wenigstens nach der jetzt gewöhnlichen Gerichtsverfassung keinesweges richtig ist. Mev. III. dec. 29. will den Clienten gegen ein Versehen des Advocaten sofort und ohne vorherige Ausklagung des letzteren restituirt wissen, weil dieser nicht, wie der Procurater, dominus litis sei (weswegen schon oben das Nöthige bemerkt wurde), und weil er die Sache mehr von Amtswegen als aus einem Contracte übernehme (n. 9.) (wobei zu bemerken ist, dass selbst ein blofser Rathgeber zur Entschädigurg verpflichtet wird, wenn er von Amtswegen verbunden war, Rath zu ertheilen, und dabei etwas versah [12]). Indess wie Struben I. Bed. 52. sagt, wer rechtliche Hülfe sucht, begehret von ei-

12) Thibaut a. a. O. §. 866.

nem Advocaten nicht nur einen guten Rath aus Freundschaft; sondern trägt demselben die Vertheidigung der in Streit gezogenen Rechte gegen eine billige Belohnung auf u. s. w., und indem er solche übernimmt, geschieht von ihm die Zusage, nichts zu unterlassen, wodurch dem Clienten geholfen werden mag. Die obengenannten neueren Schriftsteller, Martin, Thibaut u. s. w., setzen daher rücksichtlich gegenwärtiger Materie Procuratoren und Advocaten in dieselbe Kategorie. Beide sind ja auch im Grunde Mandatarien der Partei, jeder in seiner Art, und die durch das Römische Recht bezweckte Rechtssicherheit erfordert, dass die Partei die Handlungen beider nicht wieder umstofsen könne, sofern es nicht in Betreff der Geständnisse der Advocaten ausnahmsweise und beschränkt gestattet ist [13]). Hieraus erledigt es sich wohl hinlänglich, wenn Gensler im Arch. f. d. civil. Prax. IV. 117. meint, weil im Römischen Rechte nur die Restitution wegen Versehen der Procuratoren verworfen sei; so habe sie wegen Versehen der Advocaten unbedingt Statt, ohne dass man noch besonders zu fragen braucht, wo letztere denn im Römischen Rechte gegeben worden sei. Nach Genslers Grundsatz: was der Advocat nicht fertigte, z. E. die Beweisantretungsschrift, das kann der Procurator nicht überreichen, würden, wenn Jemand zugleich als Advocat und Procurator handelte, gar sonderbare Collisionsfälle entstehen können. Der oben angeführten Meinung derjenigen Rechtslehrer, welche glauben, dass bei uns abweichend vom Römischen Rechte die Restitution wegen

---

13) Thibaut a. a. O. §. 1092.

Versehen der Advocaten ertheilt werden müsse, weil wir öffentlich bestellte Advocaten hätten, widerstritte es, beiläufig bemerkt, noch besonders, wenn es richtig wäre, was das Arch. f. d. civil. Prax. XII. 200. enthält, dass bei den Römern ebenfalls nur solche hätten advociren dürfen, welche förmlich aufgenommen und in die Matrikel eingetragen gewesen wären.

Eine schiefe Leitung des Processes abseiten des Anwalds, z. E. wenn er eine nicht so vortheilhafte Klage einer vortheilhafteren, den ordentlichen Process einer privilegirten Processgattung vorzieht, ist gewiss ein Versehen und hat noch dazu meist besondere nachtheilige Folgen. Warum sollte also in solchen Fällen, wenn man das Princip consequent durchführen will, die Sache nicht nach langer Zeit von Neuem wieder angefangen werden können? Gönner hält dies auch dafür [14]), meint aber, nach dem Urtheile dürfe es nicht geschehen, weil dann nicht mehr res integra sei. Indess letzteres setzt ja gerade die restitutio in integrum voraus, wie schon ihr Namen zeigt, und wenn sie ertheilt wird, so wirft sie alles um, was auf der verletzenden Handlung gebauet war, sei es auch ein sogar schon rechtskräftiges Urtheil [15]). Grolmann, in der Theorie d. ger. Verf. in bürg. Rechtsstr. (A. 4.) §. 65. not. 6., setzt dieser consequenten Durchführung des Princips, dessen alle Justiz umstürzende Kraft ihm wohl gerade bei dieser Gelegenheit besonders in die Augen springen mochte, eine Berufung auf Wern-

14) Abhandl. II. 5.

15) Thibaut a. a. O. §. 1092. a. E.

hers jedoch schon oben widerlegte Meinung entgegen, dass des Versehens eines Advocaten halber gar keine Restitution Statt finden dürfe.

Wenn die Parteien nicht selbst im Rechtsstreite zugegen sind; so ist es erforderlich, dass sie durch Andere würklich vorgestellt werden. Denn auf demjenigen, was sie handeln, vortragen, erklären, beweisen u. s. w. oder nicht handeln, vortragen, erklären, beweisen u. s. w., muss die Entscheidung des Rechtsstreits durch den Richter gegründet sein, da das Gehör für beide Theile das Wesen eines jeden Processes ist. Was insonderheit das Nichthandeln betrifft; so kann es der Partei nicht überlassen werden, wie lange und in welcher Ordnung sie gehört sein will, weil sie sonst den Gegentheil für immer hinhalten und dergestalt um sein Recht bringen könnte. »Publice interest, ne lites sint immortales.« Darin haben die Fristen im Processe ihren Grund [16]), welche zur Beförderung der Justiz so kurz angesetzt werden müssen, als es die Gründlichkeit der Verhandlung nur irgend erlaubt, und deren Vernachlässigung daher die Folge hat, dass die Partei mit der Vertheidigung, wovon eben die Frage ist, nicht weiter gehört werden darf. Man kann sich sonach keinen Process, kein Urtheil, überhaupt keine Justiz anders denken, als wenn die Handlungen oder Nichthandlungen, worauf das Urtheil gebauet werden soll, von den Parteien herrühren, oder wenn sie nicht von ihnen herrühren, wenigstens für sie eben so verbindlich sind, als ob

---

16) A. f. d. civ. Prax. I. p. 47. 51. Reinhardts Handb. des gem. T. ordent. Proc. §. 282.

sie sie selbst vorgenommen hätten. Das Gegentheil annehmen, hiefse alle Justiz über den Haufen werfen, und ersteres geschieht ja, wenn man behauptet, die Partei könne das Verfahren desjenigen, durch den sie sich vertreten lässt, anfechten und zusammt dem, was darauf erfolgte, wieder aufheben lassen, sobald er ihr dadurch schadete. Denn in diesem Falle kann die Justiz jedesmal, wenn die Partei sich vertreten lässt, nie einen definitiven, sondern nur einen provisorischen Rechtszustand würken, welcher blofs so lange besteht, als eine Partei nicht nachweisen kann, dass sie durch das Verfahren ihres Repräsentanten benachtheiligt sei. Wo sich nun gar die Parteien durch Andere vertreten lassen *müssen*, tritt dies in allen und jeden Processen ein. Die Fristen, welche noch immer auf die alte Weise in den Processordnungen vorkommen, sind fast ohne Zweck [17]). Denn versäumt sie der Procurator, was der gewöhnliche Fall ist, so dauern sie alle wenigstens vier Jahre von der Zeit an, wo die Partei die Versäumniss erfuhr. Rechtskraft, dieser Schlussstein der Justiz, schützt nur in dem einzigen Falle, wenn bewiesen werden kann, dass die Partie dem Procurator die Einlegung eines Rechtsmittels untersagte. Denn sonst muss dieser von selbst die Appellation einwenden [18]), und die Versäumniss des Fatale kommt daher ihm zur Last. Selbst in der Entscheidung letzter Instanz wäre kein Heil für den Sieger, sobald der Gegentheil nachweisen könnte, dass sie dem Versehen seines Anwalds in irgend einer In-

---

17) Berger in Suppl. ad E. D. F. P. 2. p. 580.
18) l. 17. C. de procurat. (2. 13) c. 14. X. eod. (1. 38.)

stanz, wäre es auch in der ersten Handlung des Processes, ihre Entstehung verdanke. Die Erhaltung des rechtlichen Zustandes im Staate erfordert aber, dass einmal das Recht definitiv und unabänderlich festgesetzt werde. Daher das Recht der höchsten Gerichte und unabänderliche Sprüche, das formelle Recht als Stellvertreter des materiellen, ein nothwendiges geringeres Übel für das ungleich gröfsere der allgemeinen und endlosen Rechtsunsicherheit [19]).

Man wirft überhaupt den Deutschen Mangel an praktischem Blicke vor, und es scheint allerdings, dass die Rechtslehrer in dieser Materie nicht davon freigesprochen werden können, ihn selbst in höherem Grade gezeigt zu haben, als er bei Nichtjuristen gewöhnlich ist. Denn von letzteren wird Jeder leicht anerkennen, dass, wenn er einen Andern an seine Stelle setzt, er auch dessen Handlungen, sei ihm dadurch geschadet oder genützt, als die seinigen anerkennen müsse, weil sich sonst Niemand auf Geschäfte durch Stellvertreter einlassen würde, sonach aller Verkehr erschwert, ja theilweise unmöglich gemacht werden müsste. Dazu verleitet sind jene Rechtslehrer ohne Zweifel dadurch, dass man in manchen Staaten, gemäfs dem unglücklichen Hange, Alles zu bevormunden, den Parteien nicht allein nicht mehr erlaubt, ihre Processe selbst zu führen, sondern sie sogar zwingt, ihre Vertreter unter gewissen vom Staate zu diesem Zwecke privilegirten Personen auszuwählen. Man sollte dies

19) Lehrb. d. Naturrechts von v. Droste-Hülshoff (Bonn 1823.) p. 220.

um so weniger thun, als dergleichen Personen, welche für den Schaden, den sie anrichten können, einigermafsen solvent sind, sich selten finden, der Schaden auch manchmal gar nicht zu ersetzen, noch häufiger gar nicht, oder wenigstens nur mit den gröfsten Weitläuftigkeiten zu beweisen ist. Schenkt man dagegen Jemandem nach freier Wahl sein Zutrauen und dieses wird getäuscht; so muss man sich dabei wenigstens in so weit beruhigen, dass man keine fremden, daran ganz unschuldigen, Personen belästigt. Dies besagen gesunde Vernunft und das Römische Recht. Sehr hart ist es aber freilich, wenn man gezwungen wird, sich durch eine von Andern bestimmte Person vertreten zu lassen, und durch diese Schaden leidet. Dies kann aber gewiss kein Grund sein, alle Justiz über den Haufen zu werfen. Viel eher muss der Einzelne diesen Schaden tragen, und sich, so weit es möglich ist, an die halten, die ihn verursachten. Die Gesetzgebung mag dann nochmals erwägen, ob sie berechtigt sei, von den processführenden Parteien dem Einen seine Selbstständigkeit zu rauben, weil ein Anderer nicht selbstständig zu haudeln im Stande ist, dem Einen die Wahl eines Vertreters vorzuschreiben, weil die Wahl eines Anderen nicht glücklich ausfallen möchte, und dergestalt den Gerichten Alles bis auf die Sportelerhebung recht commode zu machen [20]); ohne dass der Staat im Stande oder auch nur Willens ist, den durch diese Einrichtung den Einzelnen ohne ihre Schuld zugewachsenen Schaden zu ersetzen; oder ob es wenigstens nicht besser sei, hier das kleinere

---

20) A. f. d. civ. Prax. XI. p. 429. f.

Übel dem gröfseren vorzuziehen. Bei den Römern waren Gesetzgebung und Process schon sehr verwickelt, und doch stellte man es in der Regel der Willkür jeder Partei anheim, ob sie ihren Process selbst führen wolle oder nicht, und welchen Procurator sie sich im letzten Falle wählen wollte. Noch verwickelter war Beides im vormaligen Deutschen Reiche, und doch waren beim Reichscammergerichte und Reichshofrathe keine privilegirten Advocaten [21]), und bei letzterem brauchten die Parteien, wenn sie ihre Sachen selbst besorgen konnten, auch keinen Procurator anzunehmen [22]). Warum sollten sich die Deutschen Gerichte jetziger Zeit denn nicht auch ohne obige Bevormundung der Parteien behelfen können, wie man dies im Königreiche der Niederlande zu thun Willens ist [23])?

Freilich will man den nachlässigen Vertreter bestraft wissen, und Gönner a. a. O. Abh. 6. will gerade Suspension und keine Geldstrafe, damit der Vertreter um so weniger verleitet werden könne, mit seiner Partei zu colludiren und sich unwahrer Weise einer Nachlässigkeit zu beschuldigen. Wer weifs aber nicht, wie es mit solchen Strafen in der Praxis geht? Rücksichtlich von Personen, mit denen die Gerichte täglich zu thun haben, die ihnen auf der einen Seite Manches erleichtern, auf der andern erschweren können, vielleicht ihnen auch nicht ganz selten Etwas nachzusehen haben, sind dieselben leicht zur Milde geneigt. Die Suspension

21) Malblancks consp. rei iudiciariae §. 258. Desselb. Anl. z. Kenntn. d. Deutsch. Ger.-Verf. T. 3. §. 56.

22) Ebendas. §. 65.

23) A. f. d. civ. Prax. XI. 439. 440.

insonderheit hat noch den Nachtheil, dass auch andere Parteien, die der Anwald vertritt, durch Verzögerung ihrer Processe mehr oder weniger darunter leiden, ja es könnte wahrlich, wenigstens bei kleinen Gerichten, so weit kommen, dass alle Anwälde suspendirt wären, sonach ein iustitium einträte. Übrigens begreift es sich wohl von selbst, dass denjenigen, welche unter der Rechtsunsicherheit leiden, nichts damit geholfen ist, dass ein Anderer deshalb bestraft wird. Was nützt es z. E. dem, der einen vor mehreren Jahren von ihm bereits gewonnenen Process wieder von Neuem anheben und befürchten muss, ihn jetzt vielleicht zu verlieren, dass der gegentheilige nachlässige Anwald, wenn er noch lebt und advocirt, auf einige Zeit suspendirt wird?

Eher möchte noch die Schwierigkeit, welche wenigstens nach der Theorie der Beweis der Nachlässigkeit des Anwalds haben muss, dazu etwas beitragen, dass das Princip seltener zur Anwendung käme, also weniger schädlich würkte. Da in der Regel Niemand sein eigenes Factum anfechten darf; so müsste die Partei entweder selbst (wo ihr überhaupt erlaubt wird, selbst zu handeln), oder durch einen anderen Anwald Restitution suchen [24]) und den nachlässigen Anwald als Zeugen benennen. Dieser darf aber über seine eigene unmoralische Handlung als Zeuge nicht vernommen werden, und verdient, wenn er sie freiwillig bezeugt, zum Nachtheil dritter Personen keinen Glauben [25]). Überdies

---

24) v. Martin a. a. O. Kind in quaest. for. III. c. 100.

25) Hommel in Rhaps. o. 680.

ist im Allgemeinen ein Advocat oder Procurator in Rechtssachen, worin er gehandelt hat, ein untüchtiger Zeuge [26]). An alles dies kehrt sich aber ohne Zweifel die Praxis nicht; sondern beruhigt sich insonderheit bei der blofsen Angabe des Anwalds, die Schuld sei sein, da es dann auch, wie schon Gönner a. a. O. bemerkt, nicht fehlen kann, dass ein solcher manchmal die Schuld des Clienten auf sich nimmt. Rücksichtlich einer behaupteten nachtheiligen Leitung des Processes kann ein gar sonderbarer eigener Rechtsstreit über die Frage entstehen, in wie fern diese Behauptung gegründet sei, und drei Instanzen durchlaufen, ehe dann im glücklichen Falle der vortheilhafter gefundene Process wieder anhebt.

Im Oldenburgischen sind die Ämter eines Procurators und eines Advocaten in denselben Personen, Advocaten oder Anwälde genannt, vereinigt. In einem Gesetze vom 18. Jul. 1815. über die Prüfung der Rechtscandidaten [27]) war ein Tentamen und eine Hauptprüfung eingeführt. Von ersterer hing die Zulassung zur Untergerichtspraxis ab, welche bei einem günstigen Resultate die Regierung ertheilte. Wer in der letzteren bestand, erhielt darüber ein Zeugniss, welches er nur bei den Obergerichten produciren konnte, um sich zur Praxis einschreiben zu lassen. Dies Gesetz schien rücksichtlich der Zu-

---

26) l. ult. D. de testib. (22. 5.) c. ult. eod. in 6to (2. 10.) Glück XXII. p. 161. 162. Hommel l. c. o. 211. sub voc. Advocatus, Procurator.

27) Gesetzsamml. II. 2. p. 181. f.

lassung zur Praxis (wenn sie der Staat als Privilegium ertheilen will) sehr passend zu sein. Wer sich ohne Hinderniss von Seiten des Staats einem Berufe gewidmet und dazu geschickt gemacht hatte, der konnte sich die Gelegenheit, solchen zu üben, und dadurch sein Brod zu erwerben, suchen, und zwar bei jedem Untergerichte, bei welchem er fortzukommen hoffen durfte; und gerade bei einer solchen relativ freien Concurrenz liefs sich am ersten erwarten, dass sich die vorhandene Summe von Rechtlichkeit, Fleifs, Ordnungsliebe und Geschicklichkeit zur Zufriedenheit des Publicums unter die Untergerichte vertheilen werde. Diese Einrichtung änderte indess die Regierung durch eine Bekanntmachung v. 20. Jun. 1821 [28]) in so weit wieder, dass diejenigen, welche durch ein über den Ausfall ihres Tentamens von ihr erhaltenes Zeugniss zur Praxis bei den Untergerichten qualificirt erklärt seien, doch dazu nicht anders gelassen werden sollten, als wenn die Justizcanzelei es überall, und bei demjenigen Untergerichte, bei welchem sie es erlaube, und solche Änderung genehmigte der Gesetzgeber §. 1. des neuen Processreglements von 1824, bestimmte auch ferner, dass denjenigen, welche in Gefolge des Zeugnisses, dass sie das Tentamen zur Zufriedenheit bestanden hätten, würklich zur Untergerichtspraxis von der Justizcanzelei zugelassen würden, solche Praxis vorerst nur zur Probe verstattet werden solle, bis sie sich durch ihre Geschäftsführung und das in der Regel nach 3 Jahren erfolgende Hauptexamen zur definitiven Zulassung geeignet er-

28) Dieselbe IV. 3. p. 126.

wiesen hätten. Gewiss ist es daher im Oldenburgischen, wenn keine höheren Rücksichten in Betracht kommen müssten, als die Billigkeit, noch mehr als anderwärts, wo man nach Glück, V. p. 103., Männer von schon geprüfter Geschicklichkeit und Rechtschaffenheit zu Rechtsbeiständen aussucht, billig, dass die Parteien unter der Nachlässigkeit oder der Unkenntniss solcher Anwälde nicht leiden, welche blofs angestellt werden, um einmal zu versuchen, wie sie ihre Sachen wohl machen werden, und zwar noch überdies in geringerer Zahl, als die der Subjecte beträgt, die sich zu dieser Probe qualificirten, aber zum Theil die Erlaubniss dazu von der Justizcanzelei nicht erhalten konnten, so dass auch hier dem Publicum die Wahl wieder beschränkt ist.

Übrigens muss es auch im Oldenburgischen jeder Partei, wenn sie dazu fähig ist, freistehen, ob sie ihren Process selbst führen oder sich eines Anwalds dazu bedienen will, indem dies ohnedem der natürlichen Freiheit gemäfs, gemeinen Rechtens [29]) und durch kein Landesgesetz aufgehoben ist. Denn ein solches konnte die vormalige Regierungscanzelei nicht geben, und es kann daher nichts würken, wenn es in C. C. O. P. 3. N. 36. p. 33. heifst: »Anno 1721 den 6ten Aug. ist in Consilio beschlossen, dass alle und jede, auch die Einheimischen, und wenn sie gleich ihre affaire selbst zu führen capabel, dennoch ihre Schriften von hiesigen Advocaten unterschreiben zu lassen, gehalten sein sollen.«

Das Jahr 1786 brachte das bekannte dubium camerale, wornach die Parteien bei von ihren Ver-

29) A. f. d. civil. Prax. XI. p. 126. Martin a. a. O. §. 79.

tretern versäumten Fristen sofort restituirt werden sollten, was freilich kein Gesetz ist und daher auch in der obigen Ausführung übergangen wurde, indess in Deutschland im Allgemeinen [30]) und auch im Oldenburgischen vielen Beifall fand. Vor dieser Zeit kamen in hiesigen Gegenden dergleichen Versäumnisse der Anwälde wenig vor. Denn es gehört ein sehr grofser Grad von Nachlässigkeit dazu, sich vor einem nicht wieder gut zu machenden Versehen nicht zu bewahren. v. Röfsing in seinen Rechtsfällen I. 81. not. d. führt drei Praejudicien an, worin nach der Meinung erkannt wurde, dass die Restitution nur Statt finde, wenn die Ersetzung des Schadens vom Anwalde nicht zu erlangen sei. Als aber die vom Reichscammergerichte adoptirten Billigkeitsgrundsätze nach und nach auch ins Oldenburgische durchgedrungen waren, da hörte alle regelmäfsige Processform auf. Fristen und Fatalien kamen zwar in der Processordnung noch vor, das durch deren Ablauf erworbene Recht fiel aber weg, sobald der Anwald über kurz oder lang sagte, er habe sie versäumt. Dabei wurde nicht einmal gehörig darauf gehalten, dass der letztere mit dem Restitutionsgesuche zugleich die versäumte Handlung nachholte. Da geschah es dann, dass der Anwald viele Male nach einander um Restitution und zugleich jedesmal wieder neue Frist bat, wodurch die Sachen unerhört verschleift wurden. Obgleich nun jeder Rechtsgelehrte wohl bemerkte, dass der adoptirte Grundsatz das ganze Fundament der Justiz untergrabe; so kam doch glücklicherweise die conse-

30) vergl. Gönner a. a. O. Abh. 5. nr. 1. A. f. d. civil. Prax. IV. p. 116.

quente Durchführung desselben auch rücksichtlich einer unrichtigen Leitung des Processes nicht sehr in Übung, weil das dubium camerale davon nichts enthielt.

Während der 1811 begonnenen Herrschaft des Französischen Rechts war an dergleichen Restitutionen natürlich nicht zu denken, ungeachtet jede Partei sich auch durch einen öffentlich angestellten Sachwalter vertreten lassen musste, und man war daher ihrer schon ziemlich entwöhnt, als die alten Rechte mit Ende 1814 wieder eintraten. Unter diesen Umständen machte §. 43. der Hypotheken-, Concurs- und Vergantungsordnung um so mehr Schwierigkeit, indem darnach die Restitution wegen vom Anwalde versäumter Angaben beim Concurse nicht ertheilt werden sollte. Man warf das Bedenken auf: Wie kann der Gesetzgeber wollen, dass man wegen Nachlässigkeit des Anwalds überall restituire, wenn er es gerade in einem der wichtigsten Fälle verbietet, ohne dass irgend ein Ausnahmegrund nur denkbar wäre? Indess stellte sich dennoch die vorfranzösische Praxis wieder her, wurde im neuen Processreglement von 1824 p. 77. bestätigt und jene Bestimmung der Concursordnung in einer Parenthese wieder aufgehoben. Dabei wurde ausdrücklich festgesetzt, dass das Versäumte zugleich mit dem Restitutionsgesuche nachgeholt werden solle. In dieser Rücksicht lässt sich daher eine Verbesserung des vormaligen Verfahrens erwarten, welches im Übrigen wohl dasselbe bleiben wird. Zwar spricht die Gesetzstelle nur von versäumten Terminen, nicht von einer unrichtigen Leitung des Processes. Sie wird aber nach dem, was Gönner

am oben angeführten Orte deducirt hat, auch darauf auszudehnen sein, besonders da dafür im Oldenburgischen noch der specielle Billigkeitsgrund rücksichtlich der zur Probe angestellten Anwälde spricht, dass der Versuch, wie sie die Sachen leiten werden, doch nicht auf Kosten der Parteien gemacht werden darf. Dass der Anwald, welcher das Versehen begangen hatte, selbst Restitution dagegen suchen kann und die Versäumniss der Termine durch seine Aussage beweist, wurde stets im Oldenburgischen angenommen.

X.

Über drei Instanzen.

Da die Gerichte aus Menschen bestehen, diese aber vermöge ihrer Natur selbst bei dem besten Willen Irrthümern unterworfen sind, so ergiebt es sich von selbst, dass der Staat Mafsregeln ergreifen müsse, um seine Bürger gegen den Schaden, der daraus für sie entstehen kann, möglichst zu schützen. Dies geschieht nun dadurch, dass höhere Gerichte bestellt sind, bei welchen diejenige Partei, die sich durch ein Urtheil u. s. w. verletzt glaubt, die Hebung dieser Verletzung nachsuchen und eventualiter erhalten kann. Da also ein solches Ober-

gericht darüber mit Würkung urtheilen soll, ob das Untergericht den Gesetzen gemäfs verfuhr oder nicht; so versteht es sich der Natur der Sache nach von selbst, dass man ihm eine bessere Kenntniss, als dem Untergerichte, muss zutrauen können, worauf also der Staat bei dessen Besetzung sein Augenmerk hauptsächlich zu richten hat. Zwei Instanzen ergeben sich daher als nothwendig. Dagegen müssen aber die Gerichte ihren eigentlichen Zweck, ein definitives Recht in den einzelnen Fällen festzusetzen, doch endlich einmal erreichen, und nimmt man an, dass sie dies in der zweiten Instanz noch nicht thun dürfen, so fehlt jedes Princip, in der wievielsten Instanz diese Würkung denn eintreten soll. Denn sollen drei Instanzen da sein, warum nicht ebenfalls vier und mehrere? Will man sagen, es gienge noch wohl, besonders in gröfseren Staaten, drei Classen von Gerichten zu organisiren, wovon die mittlere Classe erleuchteter, als die erste, aber weniger erleuchtet, als die dritte, sei, vier und mehr Classen von immer stufenweise vollkommenern Gerichten könne man aber nicht einrichten; so möchte dies schwer zu beweisen sein. Dagegen wird in kleineren Staaten selbst jene Operation mit drei Instanzen in der Würklichkeit schwerlich ausführbar sein. Der Rechtszustand ist gerade in diesen häufig so verwickelt und verwirrt, dass bei dem Richter nicht allein ausgebreitete Kenntnisse, sondern auch grofse natürliche Geistesgaben erfordert werden, um sich in diesen Labyrinthen nicht täglich zu verirren. Wenn man nun bedenkt, wie wenig Männer man auf ihren kleinen Flächenräumen findet, welche hiernach überhaupt nur zu Richtern

taugen, wie will man so vieler geschickten, geschickteren und geschicktesten Rechtsgelehrten habhaft werden, als zur Besetzung dreier Instanzen erforderlich sind? Und wären sie da, wie wollte man es anfangen, um sie mit Sicherheit zu classificiren? Die auch bei weitem geringeren Schwierigkeiten bei zwei Instanzen würde man noch wohl leidlich überwinden, und müsste dies wenigstens versuchen, wenn man die Actenversendung an eine Juristenfacultät durchaus nicht wollte, weil die zweite Instanz würklich unentbehrlich ist. Die Lage eines Gerichts dritter Instanz in einem nicht beträchtlichen Staate könnte übrigens kaum anders, als sehr drückend sein. Recht Vielen, vielleicht zum Theil dessen Mitgliedern selbst, würde es immerhin der öffentlichen Sanction ungeachtet problematisch vorkommen, ob denn nun würklich dasselbe einsichtsvoller sei, als das Gericht zweiter Instanz; besonders da sich in solchen Staaten Alles mehr in der Nähe betrachtet und vielleicht die Gerichte zweiter und dritter Instanz und alle übrigen höheren Behörden in *einer* Stadt vereinigt sind. Man weifs ja, dass einige Entfernung dem Ansehn sehr zuträglich ist. Diese Zweifel würden um so lauter geäufsert werden, wenn gar kein Verfahren öffentlich bekannt wäre, wodurch die höchste Würdigkeit derjenigen Personen, welche in das höchste Gericht gesetzt werden sollten, zuvor ausgemittelt würde, besonders da man sich hin und wieder mit dem freilich unglaublichen Gerüchte trägt, es sei in einem grofsen Reiche einst üblich gewesen, diejenigen, welche man anderwärts gern los sein wollte, in das höchste Gericht zu versetzen. Leicht könnte auch der Regent nach der

Verfassung mit dem Gerichte zweiter Instanz in fortwährender näheren Berührung sein, Einigen von dessen Mitgliedern ein besonderes Vertrauen schenken, dagegen von dem höchsten Gerichte nach dessen Stellung unangenehme Anmafsungen befürchten und alles dies dem Mittelgerichte ein merkliches Übergewicht verschaffen. Endlich ist in kleineren Staaten die Gesetzgebung gewöhnlich nicht die beste, insonderheit das Römische Recht noch in Gebrauch, das für diejenigen, welche es befolgen sollen, ein unbekanntes Land ist. Häufig lassen es noch überher die Regierungen an recht vielen neuen Gesetzen nicht fehlen, die, weil meistens die Hülfe denkender Köpfe, welche für die Gesetzgebungskunst geschaffen sind, mangelt, nicht selten der gesetzgeberischen Klugheit entbehren. In diesem Zustande kann es leicht dahin kommen, dass es ganz gewöhnlich wird, sich um die Gesetze nicht zu kümmern, und die Richter in der Kunst, klare Gesetze zu umschiffen, grofse Fortschritte machen, wodurch die Mängel der Gesetzgebung verdeckt und die daraus in einzelnen Fällen entstehenden grofsen Härten vermieden werden, welcher Erfolg auch der Regierung nicht unangenehm sein kann. Wollte nun das höchste Gericht dennoch die Gesetze aufrecht erhalten; so würden oft diese Härten und damit grofses Aufsehen entstehen; so dass dieses Gericht nach allem diesen in kleineren Staaten wohl häufig eine grofse Tendenz zum beständigen Confirmiren erhalten dürfte und dergestalt ohne sonderlichen Nutzen meistens nur zur Verzögerung der Justiz und Vermehrung der Kosten diente.

Was die vormalige Deutsche Reichsverfassung

betrifft; so berechtigt dieselbe gleichfalls zu der Annahme, dass mehr als zwei Instanzen nicht nothwendig seien. Denn wenn man die Revision beim Reichscammergericht und die Supplication beim Reichshofrath als Instanzen rechnet und auf Beschränkungen der Rechtsmittel gegen Urtheile keine Rücksicht nimmt; so hatten die mit Austrägen nicht versehenen Unmittelbaren nur zwei Instanzen [1]). Was in dem Reichsdeputationsabschiede v. 1600. §. 15., aufgenommen in C. O. C. 11. 31. §. 9., verordnet und in der achten Abhandlung oben wörtlich angegeben ist, scheint nichts Anders bedeuten zu können, als dass die vorhandenen Territorialgerichte (Gerichte erster Instanz waren ja ohne Zweifel allenthalben) gut besetzt und organisirt werden sollten. Daher ist auch im Art. 108. R. I. N., welcher ungefähr dasselbe verordnet, nur vom »Gericht« im Allgemeinen die Rede. Unbegreiflich ist es daher, wie Gönner auf die Idee hat kommen können, in diesen Gesetzen sei die Vorschrift enthalten, dass in allen Deutschen Landen, sie seien gleich noch so klein, selbst in einzelnen unmittelbaren Dörfern oder Rittergütern, auſser einem Untergericht auch noch ein Obergericht bestellt werden solle, was er in einer weitläuftigen Abhandlung auszuführen sucht [2]). Wäre dies richtig; so würden, wenn man die Rechtsmittel gegen die Urtheile der Reichsgerichte mitrechnet, nicht 3, sondern 4 Instanzen die Regel gemacht haben. Da in dem Deputationsabschiede nicht allein von Unter-

---

1) C. O. C. II. T. 30. Pütteri inst. iur. publ. (ed. 4.) §. 284.

2) Handb. d. Proc. (a. 1.) III. Nr. 36. §. 10 f.

und Obergerichten, sondern auch noch von Hofgerichten gesprochen wird; so könnte man auf diese Art leicht beweisen, dass in den kleinen Ländern z. E. den Rittergütern und Reichsdörfern auch zwiefache Obergerichte hätten sein sollen, wie sie die grofsen Territorien manchmal hatten, nämlich Hofgerichte und aufserdem ein Hofrathscollegium, oder eine Regierung oder eine Justizcanzelei [3]).

Im Herzogthum Oldenburg hatte man zur Zeit der Französischen Besitznahme die Revision mit Actenversendung als höchste Instanz. Diese Actenversendung an eine auswärtige Juristenfacultät, welche jetzt daselbst nicht mehr Statt findet, war in den kleinen Deutschen Staaten ein wahres Palladium für die bürgerliche Freiheit. Denn die gröfste Rücksichtslosigkeit konnte man gewiss bei diesen, den Verhältnissen im Lande ganz fremden, Richtern erwarten. Nur hätte die Wahl der Facultät nicht von dem vorigen Richter, sondern durch das Loos getroffen und diese Einrichtung jedesmal in den Schreiben an die Facultäten bemerklich gemacht werden müssen, um den Parteien sogar die Furcht vor Confirmatorien, um die Kundschaft nicht zu verlieren, zu benehmen. Sodann war die Intelligenz bei diesen Facultäten gewiss gröfser als bei irgend einem Richtercollegio im Lande und dass diese nicht selten in die Landesjustizpflege eingriff, würkte dazu wohlthätig mit, dass letztere in keinem Falle in völlige Gemeinheit versinken konnte.

Nach Vertreibung der Franzosen wurde schon 1814 ein Oberappellationsgericht für das Herzogthum

---

3) Pütter l. c. §. 289.

Oldenburg und die Herrschaft Jever errichtet und dessen Jurisdiction 1817. auch auf das Fürstenthum Birkenfeld und 1825. in bürgerlichen, nicht in Strafsachen auf das Fürstenthum Lübeck erstreckt. Diese Länder befassen gegenwärtig nahe an 250,000 Einwohner.

Im eigentlichen Herzogthum Oldenburg hat der volle Instanzenzug Statt, wenn ein Landgericht als erste, die Justizcanzelei als zweite und das Oberappellationsgericht als dritte Instanz erkennt. Ein anderer in geringen Sachen von zwei Instanzen, wenn ein Amtmann als erste und ein Landgericht als zweite und letzte Instanz spricht, kommt ebenfalls nicht selten zur Anwendung. Der Amtmann vereinigt zufolge der nach Aufhebung des Französischen Rechts 1814. getroffenen neuen Einrichtung (Reorganisation) Alles in sich, was man in neueren Zeiten meistens getrennt wünscht, nämlich fast die ganze, jedoch subordinirte Administration, (wohl sein Hauptgeschäft), Jurisdiction in Civil- und Strafsachen, willkürliche Gerichtsbarkeit, Sühneversuch u. s. w. Die übrigen Gerichte vereinigen nur die Jurisdiction in Civil- und Strafsachen. Doch haben die Landgerichte und die Justizcanzelei auch Antheil an der willkürlichen Gerichtsbarkeit, und die Justizcanzelei ist zugleich Consistorium mit Beitritt eines Geistlichen und des Advocati piarum causarum. Die Zahl der Mitglieder des Oberappellationsgerichts aufser dem Präsidenten stieg von 1815 bis 1832. von 4 bis 7, fast in gleicher Progression mit der Justizcanzelei, welche 1815. 4, 1832. 8 simple Mitglieder hatte. Rang und Gehalt jener kann man nicht ausgezeichnet nennen. Ersteren haben sie

mit allen gewöhnlichen Räthen gemein, so dass sie nach den Mitgliedern der Gerichte erster und zweiter Instanz rangiren, wenn diese ältere Räthe sind oder einen höheren Rathstitel haben. Das Gehalt nach dem Dienstalter von 800, 1000 und 1200 Reichsthalern ist im minimo dem des am geringsten besoldeten Amtmanns wohl kaum gleich, in seinem maximo etwa halb so viel als der am reichlichsten besoldete Amtmann hat. Es war daher nicht zu erwarten, dass auswärtige Rechtsgelehrte, welche sich schon berühmt gemacht hatten, dergleichen Stellen annehmen würden, selbst nicht, dass gute Köpfe im Lande sie andern Stellen vorzögen, welche bei reichlicherem Gehalte nicht soviel Kenntnisse und Verantwortlichkeit von ihren Inhabern forderten. Die Wiederbesetzung der vacanten Stellen im Oberappellationsgerichte mochte deshalb ihre Schwierigkeiten haben. Am natürlichsten hätte man wohl die geschicktesten Richter aus der zweiten Instanz dazu genommen. Allein auch hier war die Wahl nicht frei, weil mehrere dieser Richter schon ein gröfseres Gehalt hatten. Die Wiederbesetzungen geschahen daher zwar meistens aus den Richtern zweiter, manchmal aber auch aus denen erster Instanz, einmal aus dem Advocatenstande und einmal aus der Cammer. Es war nicht bekannt, wie die Auswahl zu Stande kam. Das Gericht selbst wurde mit keinen Vorschlägen vernommen, wie z. E. in Holland [4]). Da die Aussprüche des höchsten Gerichts leider! gleichsam als Göttersprüche gelten müssen; so kann der Wunsch der Unterthanen kein anderer sein, als

---

4) A. f. d. civ. Prax. X. p. 447.

dass die dritte Instanz an sich durch die Auswahl der tüchtigsten Richter, Unabhängigkeit der ganzen Stellung, Entfernung von jedem Parteieneinflusse solche Vorzüge habe, dass keine andere Stelle sich mit ihr messen könne [5]), ingleichen dass die Richter dieser Instanz keine anderen, am wenigsten incompatible öffentliche Interessen zu wahren haben; sondern sich einzig ihrem so höchst wichtigen Berufe widmen [6]). Diesem letzten Wunsche wurde in Oldenburg nicht allerdings entsprochen. Von denjenigen, welche im Oberappellationsgerichte nach einander präsidirten, zugleich mit votirten, auch unter gewissen Umständen ein votum decisivum hatten, war der erste zugleich Präsident der Regierung des Herzogthums Oldenburg, der zweite eins der beiden Mitglieder des Cabinetsministeriums und der dritte Präsident der Examinations-Commission, Mitglied der Commission zur Wahrnehmung des landesherrlichen Hoheitsrechts über die Römisch-Katholische Kirche und der Commission für die Bibliothek und die mit derselben vereinigte Redaction und Expedition der wöchentlichen Anzeigen, der Zeitung, der Oldenburgischen Blätter und des Staatskalenders. Von den andern Mitgliedern war fast beständig eins Mitglied der Direction der Wittwen-, Waisen- und Leibrenten-Casse und votirte daher auch in den, diese Casse betreffenden, Processsachen nicht mit,

---

5) A. f. d. civ. Prax. XI. p. 287.

6) In dem Churhessischen Staatsdienstgesetze vom 8. März 1831. heifst es §. 15.: Niemals kann von einem Mitgliede des Oberappellationsgerichts noch irgend eine andere Staatsstelle, aufser der Theilnahme an der juristischen Prüfungscommission, bekleidet werden.

ein anderes war Mitglied des unter der Regierung stehenden Obergemeinderaths, einer Administrativbehörde zur Regulirung der aus der Französischen Zeit herrührenden besonders die Gemeinden betreffenden Verhältnisse, ein drittes Mitglied der Commission für die Römisch-Katholischen geistlichen Angelegenheiten, ein viertes Mitglied des Militärgerichts, welches der Justizcanzelei subordinirt ist u. s. w. Jedes Mitglied war überdies der Regierung des Herzogthums Oldenburg, als der Examinationsbehörde, untergeben und musste stets bereit sein, auf deren Befehl mit einem Mitgliede der Regierung oder der Justizcanzelei oder der Cammer die Examination eines Rechtscandidaten zu übernehmen und deshalb vor ihr zu erscheinen, um das mündliche Examen abzuhalten. (Das ursprüngliche Gesetz gieng nur auf Requisition eines Mitgliedes der übrigen höheren Collegien, um mit einem Mitgliede der Regierung zu concurriren, wurde aber durch Cabinetsrescripte an die Regierung dergestalt abgeändert [7]).) Nachher im Jahre 1830. ist eine für sich bestehende Prüfungscommission aus Mitgliedern des Oberappellationsgerichts, der Regierung, der Justizcanzelei und der Cammer niedergesetzt, wozu ein Mitglied des Oberappellationsgerichts gebraucht werden sollte. Nach den Staatskalendern von 1831 und 1832. fanden sich indess darin zwei dieser Mitglieder.

Ebenfalls wäre es sehr zu wünschen gewesen, dass die Verfassung des Oberappellationsgerichts durch eine eigene Ordnung, wie dies anderwärts geschah, auch in Oldenburg festgesetzt worden wäre, was nie-

7) Gesetzsamml. II. 4. p. 181 f. V. 2. p. 115.

mals geschehen ist, woraus aber sonderbare Folgen entstanden sind. Das Oberappellationsgericht hielt sich nämlich für das höchste Gericht (das die Justizcanzelei aus einem Obergerichte, was sie vormals war, zu einem Mittelgerichte gemacht habe), dem alle Gerichte des Landes subordinirt seien und das zum Zweck einer Justizpolicei die Aufsicht über sie alle ausübe [8]), ohne welche auch keinerlei simple Querel, nicht einmal die querela nullitatis, an diese dritte Instanz hätte gelangen können [9]) und dessen Befehlen die übrigen Gerichte gehorchen müssten [10]), wie sich die Rechtsgelehrten gewöhnlich das Verhältniss eines Obergerichts zu den Untergerichten und insonderheit eines höchsten Gerichts zu allen übrigen Landesgerichten vorstellen [11]). Hiermit schien gleichfalls ein höchstes Rescript vom 23. Febr. 1815. übereinzustimmen, festsetzend, dass das Oberappellationsgericht an die Stelle der Reichsgerichte getreten sei, welche bekanntlich die Oberaufsicht über die Territorialgerichte ausübten [12]). Diesem gemäfs wollte das Oldenburgische Oberappellationsgericht über Handhabung der die Justizpflege zum Gegenstand habenden Gesetze wachen, auf die deshalb bei untern Gerichtsbehörden sich offenbarenden

---

8) Vergl. Gensler zu Martin (ed. Morstadt) §. 41. N. Arch. d. Crim.-R. IV. p. 608.

9) v. Almendingen Metaphysik d. Civ.-Proc. I. p. 35. 42. 295. 296. 318. 319.

10) Ebendas. p. 35. 42. Puffendorf I. o. 152. §. 4.

11) Gensler a. a. O. I. p. 63. Grolmanns Theorie d. ger. Verf. (A. 4.) §. 137. Martins Lehrb. d. bürgerl. Proc. (A. 7.) §. 41.

12) v. Almendingen a. a. O. p. 294. 295.

Mängel, welche besonders im Criminalprocesse sehr zahlreich vorkamen, achten und dadurch, dass es selbige der Justizcanzelei in officiellen Communicationen bemerklich machte, auf deren Abstellung einwürken. Allein die Justizcanzelei ihrer Seits wollte zwar wohl diese Bemerkungen und Verfügungen ihrer Prüfung unterwerfen und nach Befinden eine Abstellung verordnen, behauptete aber, die Oberaufsicht auf den Justizdienst komme einem Oberappellationsgerichte nicht an sich, sondern nur vermöge besonderer landesherrlichen Verleihung zu, und da es hier an einer solchen fehle, so sei das Oldenburgische Oberappellationsgericht nur als ein Spruchcollegium zu betrachten. Es wurde diese Differenz durch eine Cabinetsresolution v. 12. Febr. 1817 dahin entschieden, dass das Oberappellationsgericht weder eine Oldenburgische Dienstbehörde sei, noch die Oberaufsicht über den ganzen Justizdienst aufserordentlicher Weise übertragen erhalten habe und von diesem Gesichtspunct auch bei der noch erforderlichen näheren Bestimmung seines amtlichen Würkungskreises ausgegangen werden müsse. Seitdem wurde es zweifelhaft, was das Oberappellationsgericht denn eigentlich vorstelle, da es doch als Gericht kein blofses Spruchcollegium sein konnte. Für letzteres ist es indess wohl in den Processordnungen für Oldenburg und für Lübeck von 1824. p. 79. resp. 101. in sofern angesehen worden, als Beschwerden gegen die Obergerichte, also auch die Mittelgerichte, welche die Oldenburgischen Gesetze mit dem Oberappellationsgerichte als Obergerichte zusammenzufassen pflegen, wegen verweigerter oder verzögerter Justiz an das Cabinet verwiesen sind, wohin man

sich nach der allgemeinen Regel so lange nicht wenden kann, als noch ein Obergericht vorhanden ist [13]). Selbst aus Territorien mit völliger Oberappellationsfreiheit konnte diese Querel an die Reichsgerichte gelangen [14]).

Die wichtigste Veränderung in der Verfassung des Oberappellationsgerichts brachte das Jahr 1820 mit sich. In diesem hatte dasselbe ein Reglement für die Behandlung und Vertheilung seiner Collegialgeschäfte entworfen und dem Cabinet zur Approbation vorgelegt, erhielt aber solches zwar approbirt, jedoch mit einem darin vom Cabinet eingerückten Zusatze folgenden Inhalts zurück: Eine Hauptentscheidung u. s. w. kann nicht abgegeben werden, wenn nicht drei Stimmen einig sind, und in den Fällen, wo diese nicht vorhanden sind, muss von dem Oberappellationsgerichte höchsten Orts auf Zuordnung von Hülfsrichtern angetragen werden. Abgesehen davon, dass das Hervorbringen dreier einigen Stimmen manchmal möglicher Weise gar nichts würken kann, wenn nämlich nach dem Oldenburgischen Strafgesetzbuche Art. 833. bei vorhandenen drei oder mehreren Meinungen die nachtheiligsten Stimmen zu den nachfolgenden gelinderen bis zur absoluten Majorität hinzugewählt werden; so scheint auch diese ganze Einrichtung, wornach vom Cabinet Richter nur für einzelne Fälle ernannt werden, den Ideen nicht zu entsprechen, welche man allgemein insonderheit in Deutschland von der Justizverwaltung hat. Diese gehen nämlich dahin, dass, um die bürgerliche

---

13) Martins bürg. Proc. (A. 7.) §. 298. not. g.
14) Pütteri inst. iur. publ. (ed. 4.) §. 293.

Freiheit zu sichern, von den Regierungen stabile Richter für alle Fälle, nicht aber zeitige Richter für einzelne Fälle zu bestellen seien [15]), dass, wie man sagt, jeder bei seinem ordentlichen Richter belassen werden müsse [16]). Man denke nur z. E. an politische Verbrechen, Processe des Fiscus, um sich hiervon noch mehr zu überzeugen. Schwerlich haben auch die Contrahenten der Bundesacte an solche Oberappellationsgerichte gedacht, welche, wenn nicht eine gewisse Zahl gleicher Stimmen vorhanden wäre, gar nicht sollten erkennen können; sondern die Entscheidung einer andern aus ihren Mitgliedern und für die einzelnen Fälle vom Cabinet ernannten Commissarien [17]) bestehenden Behörde überlassen müssten. Denn sonst würden sie wohl nicht festgesetzt haben, dass sie zu Austrägalgerichten zwischen Bundesgliedern gewählt werden könnten. Diese veränderte Verfassung des Oberappellationsgerichts wurde nie öffentlich bekannt gemacht (obgleich zu wünschen wäre, dass im Staate keine Normen gölten, deren Dasein für das Volk Geheimniss ist [18])), jedoch in den einzelnen, glücklicher Weise nicht häufigen, Fällen, worin ihr zufolge Hülfsrichter höchsten Orts ernannt waren, den Parteien davon und von dieser Ernennung Nachricht gegeben, damit sie ihre Gerechtsame wahren könnten. Als Hülfsrichter traten meist die Vorsitzer der Gerichte erster Instanz, welche nicht selten aus dem Administrativfache genom-

---

15) Arch. f. d. civil. Prax. IV. p. 370.

16) Gönner im Handb. d. Proc. (A. 1.) B. 1. N. 1. §. 11.

17) Vergl. Thibauts S. d. P.-R. (A. 5.) §. 1062.

18) Arch. f. d. civ. Prax. VIII. p. 215.

men wurden, ein, und es mochte Mancher nicht zum Vortheil des Vertrauens zum Oberappellationsgerichte darüber staunen, dass Richter erster Instanz dem Gerichte dritter Instanz zu Hülfe kommen müssten.

Die Regel, dass drei Instanzen Statt finden sollen, hat übrigens im Herzogthum Oldenburg, auch abgesehen von den Appellationssummen, welche beim Landgericht 25 Reichsthaler und bei der Justizcanzelei 100 Reichsthaler betragen, so viele Ausnahmen, dass sie kaum noch als Regel zu betrachten ist, indem man in vielen, häufig gerade in den wichtigsten Fällen, nur zwei Instanzen oder gar nur eine, bald mit bald ohne Ausschliefsung des Oberappellationsgerichts hat, welches sich theils nach den Sachen theils nach den Personen richtet. In ersterer Rücksicht sind ausgezeichnet

1) Ehesachen der Protestanten. Diese haben nur eine Instanz vor dem Consistorio. Schon Graf Anton Günther von Oldenburg verordnete am 10. Jul. 1658, dass die Revision in Ehesachen, als zur merklichen Schmälerung der lieben Justiz gereichend auch ohnedem den heilsamen Reichs-Satz- und Ordnungen auch Fürsten und Ständen ertheilten privilegiis zuwiderlaufend, nicht weiter Statt haben sollte [19]). Dabei ist es denn auch geblieben und selbst nach Errichtung des Oberappellationsgerichts keine Appellation an dasselbe verstattet worden. Nach einer höchsten Resolution v. 31. Jan. 1817. ist dies aus sehr erheblichen Gründen geschehen [20]).

---

19) C. C. O. P. 3. Nr. 28. p. 16.

20) Gesetzsamml. III. 2. p. 99. 100.

Die Ehesachen der Katholiken gehören nach ihren Religionsbegriffen zu den geistlichen Sachen, und für solche Sachen waren die vormaligen Reichsgerichte nicht errichtet. Daher konnte an sie darin nicht appellirt werden. Ein Gleiches behauptete man nach der Reformation von protestantischen Ehesachen, damit Alles unter beiden Religionstheilen gleich bleibe. Doch statuirte der Reichshofrath das Gegentheil dieser Behauptung [21]). Nimmt man sie aber auch als richtig an, wie konnte es den Räthen des guten Grafen Anton Günther einfallen, daraus, dass in einem Falle die Appellation an die Reichsgerichte nicht gehen konnte, zu schliefsen, dass in demselben überall kein Suspensivrechtsmittel gegen Urtheile Statt habe? Die Ehesachen in den Deutschen Territorien waren ja vor der Reformation appellabel. Warum hätten sie denn diesen Charakter nach der Reformation verlieren sollen und den Protestanten diese ihren katholischen Mitbürgern zustehende Vertheidigung von ihren Fürsten entzogen werden können, da sie in dem beibehaltenen Canonischen Rechte gegründet war, und der protestantischen Religion gar nicht widersprach, vielmehr die Wichtigkeit der Sache sie dringend forderte [22])? Es war sonach zuvor in Deutschland nothwendig auch allgemein üblich, dass die Appellation in Ehesachen von den Consistorien an die höheren Landesgerichte gieng [23]).

---

21) Malblancks Anl. z. Kenntn. d. Gerichts- u. Canzel.-Verfass. IV. §. 65.

22) Mev. II. dec. 364.

23) I. H. Boehmeri I. E. P. L. 1. T. 28. §. 38. 39. Mev. II. dec. 365. IV. d. 1. no. 5. Danz im ord. Proc. (A. 3.) §. 418.

Fehlte es an solchen; so konnte die Revision mit Actenverschickung nicht verweigert werden, indem der Deputationsabschied v. 1600. §. 16. und der jüngste Reichsabschied §. 113. nach der Analogie von allen Fällen verstanden werden mussten, wenn eine Sache nicht an sich inappellabel war, aber ausnahmsweise an die Reichsgerichte nicht gelangen konnte [24]). Daher sagt schon der alte Knorre in seiner Anleitung z. ger. Prax. B. 3. H. St. 8. §. 16. ganz ohne Bedenken: wider die bei den geistlichen Gerichten eröffneten Urtheile sind die sonst gewöhnlichen remedia suspensiva zugelassen. Im Herzogthum Oldenburg haben die Juden in Ehesachen drei Instanzen vor den ordentlichen weltlichen Gerichten [25]) und in denselben Sachen die protestantischen Christen in den zum Grofsherzogthum gehörigen Fürstenthümern und zwar in Lübeck zwei Instanzen vor dem Consistorio und dem Oberappellationsgerichte [26]) und in Birkenfeld drei Instanzen vor den ordentlichen weltlichen Gerichten. Es kann daher der Oldenburgische Gesetzgeber den Grund, warum die Protestanten im Herzogthum in Ehesachen nicht mehr als *eine* Instanz haben sollen, in der eigenthümlichen Natur dieser Ehesachen oder des Protestantismus nicht gefunden haben, und man ist deshalb in Ungewissheit, worin er bestehe. Denn wäre auch das jetzige Oldenburgische Consistorium etwa vorzüglich vor andern

---

24) Pütteri inst. iur. publ. (ed. 4.) §. 291. G. L. Boehmer in Elect. I. C. T. 2. Ex. 3. §. 9. Gensler zu Martin B. 2. §. 282. n. 1. b.

25) Gesetzsamml. V. p. 476.

26) Proc.-O. f. d. Fürstenth. Lübeck p. 72. 73.

Consistorien oder Gerichten geschickt in Entscheidung der Ehestreitigkeiten; so kann ja die zeitige Geschicklichkeit eines Richters zur Beschränkung des Instanzenzuges nichts beitragen.

2) Auf die Bestimmungen des Oldenburgischen Strafgesetzbuchs über die Instanzen in Strafsachen haben die singulären Meinungen einiger neueren Rechtsgelehrten grofsen Einfluss gehabt. Diese weichen von den milden Grundsätzen unserer Vorfahren sehr ab und sind etwa folgenden Inhalts:

In Criminalsachen sollten weniger Instanzen sein, als in Civilsachen, weil dem Staate daran liege, dass durch die Strafe recht geschwind ein Exempel statuirt werde, was dann um so würksamer sei, auch der Angeklagte selbst wünschen werde, sobald als möglich aus seiner Ungewissheit zu kommen [27]).

Gründlichkeit und Sicherheit ist aber das erste, Schnelligkeit erst das zweite Requisit einer guten Justiz. Erfordert man nun zu ersterer drei Instanzen, wenn nur um eine geringe Geldsumme gestritten wird: so kann man ohne die höchste Inconsequenz nicht weniger fordern, wenn es um des Menschen höchste Güter, Leben, Ehre, Freiheit, sich handelt. Diese Güter vor Allem sicherzustellen, soll ja das Beispiel der Strafe bezwecken. Wie kann also der Staat zugleich das Beispiel geben, dass er sie weniger sorgfältig beurtheilen lasse, also weniger schätze, als die Forderung von ein paar Geldstücken? Selbst dass die Strafe noch zeitig genug erfolge, um gehörig zu schrecken, ist durch die Thätigkeit der Richter in drei Instanzen allerdings zu

27) N. Arch. f. d. Cr.-R. V. p. 542.

erreichen, und dieser mögen sie sich dann befleifsigen. Freilich bei zwei Instanzen haben sie es commoder, und dies lieben recht Viele gar sehr. Was ein Angeschuldigter wünschen mag, ist sehr gleichgültig, besonders ein unvernünftiger, und ein Anderer wird gewiss nicht wünschen, dass man seine Sicherheit durch Schnelligkeit in Gefahr setze. Unsere Vorfahren liefsen daher eine mehrmalige weitere Vertheidigung gegen das erste Urtheil, in Capitalsachen, eingedenk des Grundsatzes: de vita hominis nulla cunctatio longa, sogar die vierte zu [28]).

Ferner soll nach jenen Meinungen das Criminalurtheil in einer höheren Instanz geschärft werden können, weil nur die wahre Lage der Sache und die ihr gemäfse Realisirung des Rechts die richterlichen Urtheile bestimmen könne und solle [29]), weil das Interesse des Staats die höchste Gerechtigkeit fordere und daher verlange, dass kein wahrhaft Schuldiger unbestraft bleibe [30]), weil jeder Criminalprocess zwischen dem Staate als Ankläger und dem Angeklagten verhandelt werde und daher der Staat mit dem Rechte, dass der wahrhaft Schuldige bestraft werde und zwar der rechtlich verdienten Strafe nicht entgehe, als Partei dem Angeschuldigten gegenüber stehe [31]). Aus der geschichtlichen Ausbildung des Deutschen Inquisitionsprocesses ergebe sich, dass bei dieser Processform dies Merkmal des Accusations-

---

28) Feuerbachs Lehrb. d. peinl. R. (A. 7.) §. 620. Kochii inst. iur. crim. (ed. 8.) §. 913. Danz Grunds. d. summar. Proc. (A. 2.) §. 223.

29) N. Arch. d. Crim.-R. V. 545.

30) Mittermaiers Handb. d. peinl. Proc. II. 544.

31) N. Arch. d. Crim.-R. IX. 264.

processes, dass zwei Parteien sich gegenüber stehen und die eine auf die Anwendung des Strafgesetzes gegen die andere anträgt, stehen bleibe und der Staat, nicht vermöge der richterlichen Gewalt, sondern als Stellvertreter der verletzten bürgerlichen Gesellschaft, seine Anklage geltend mache [32]). Endlich behauptet man, jedes Criminalurtheil sei der amtshalbigen Prüfung einer höheren Instanz ohne Weiteres zu unterwerfen, damit diese entscheide, ob es zu bestätigen oder abzuändern, zu mildern oder zu schärfen sei. Denn die Gültigkeit eines solchen Erkenntnisses könne nicht wie die civilrechtlichen Entscheidungen zum Theil von der Willkür oder dem Verzichte der Parteien abhangen; sondern es müsse in allen Handlungen und Richtungen des Strafprocesses, mithin auch rücksichtlich der Urtheile und ihrer Gültigkeit, einzig das würkliche Recht, die Wahrheit an und für sich, möge sie nun für oder gegen den Angeschuldigten sprechen, den Ausschlag geben [33]). Dass der Angeschuldigte sich das erste Urtheil gefallen lasse, dies sei ihm nicht zu verstatten, weil über das Recht auf Leben, Ehre oder Freiheit von dem Einzelnen nicht disponirt werden könne. Diesem trete das Interesse des Staats hinzu, dass kein Unschuldiger bestraft werde, kein Schuldiger eine schwerere oder leichtere Strafe, als er gesetzlich verdiene, leide. Es müsse daher unbedingt jedes Criminalurtheil der Prüfung des Oberrichters unterworfen werden [34]).

---

32) N. Arch. d. Crim.-R. IX. p. 266. 267.

33) Dasselbe V. 540.

34) Mittermaiers Handb. d. peinl. Proc. II. p. 541 f. u. der das. alleg. Gönner. N. Arch. d. Crim.-R. I. 392.

Vermöge dieser Raisonnements ist man denn unversehens dahin gekommen, dem Angeschuldigten gar nur eine einzige Instanz zu verstatten. Es entsteht die unverzeihliche Inconsequenz, wie Gönner a. a. O. es nennt, dass das Schicksal einer peinlichen Sache vom Ausspruche eines einzigen Tribunals abhängig ist. Das peinliche Urtheil hängt von einem einzigen Collegio ab, eine Sache, deren Unzulässigkeit weitläuftig darzuthun Mittermaier a. a. O. p. 548. für ganz unnöthig hält. Denn da das Urtheil erster Instanz nie die geringste Würkung auf Rechtsverhältnisse haben, Niemandem nützen oder schaden kann, so ist es auch kein Urtheil, sondern ein blofses Gutachten, und die Entscheidung erfolgt in einer einzigen, der höchsten, Instanz. Warum sollte sich denn der Staat überhaupt mit einer niedern Instanz belasten, da es wohl sehr überflüssig ist, dass eine praesumtiv weniger erleuchtete Behörde einer praesumtiv erleuchtetern ein Gutachten geben soll, für welches sie nicht einmal verantwortlich ist, weil kein Schaden daraus entstehen kann. Daher könnte bei mangelnder über alle Versuchung erhabenen Rechtlichkeit die untere Instanz sich leicht verleiten lassen, in Fällen, welche Aufsehen machten, den bekannten Gesinnungen eines Höheren oder des Publicums gemäfs ohne Grund zu erkennen und den höheren Richter mit dem Gehässigen eines gegentheiligen Erkenntnisses zu beladen.

Dasjenige, was oben über die Zulässigkeit einer Schärfung von Criminalurtheilen gesagt ist, einstweilen als richtig angenommen; so ist das ganze Raisonnement auf die Idee gebauet, dass in höherer Instanz in keinem Falle das Urtheil erster Instanz aus unzu-

lässigen Gründen abgeändert, sondern jedesmal das würkliche Recht, die Wahrheit an und für sich unfehlbar zu Tage gefördert werde, welche aber völlig unrichtig ist, wie die Erfahrung bezeugt und die Römische Gesetzgebung selbst zugiebt, indem sie in l. 1. pr. D. de appellat (49. 1.) sagt: »appellatio nonnunquam bene latas sententias in peius reformat, neque enim utique melius pronunciat, qui novissimus sententiam laturus est.« Mag immerhin zu vermuthen sein, dass die höhere Instanz richtiger entscheide [35]) (in Criminalsachen können Vermuthungen nicht einmal Etwas würken), so kann und will der Staat dies doch nicht in jedem Falle garantiren, folglich auch Niemanden zwingen, sich von dem niedern Richter an den höheren zu wenden. Dadurch gienge vielmehr, wie schon erwähnt, die Wohlthat mehrerer Instanzen gänzlich verloren, welche der Partei ein Flüchten von einem, aber nur praesumtiv, weniger zu einem vermuthlich mehr erleuchteten, indess gleichfalls dem Irrthum unterworfenen Richter verstattet, jedoch natürlich nur wenn sie meint, ihr sei Unrecht geschehen, und ihr ihre Klugheit nicht räth, ein geringeres Unrecht lieber zu tragen, als vielleicht ein noch gröfseres sich zuzuziehen. Sie soll selbst die Hand mit im Spiel haben, um sich durch die mehreren Instanzen, so weit sie es rathsam hält, vom Unrecht zu retten. Wie kann man hier von Verzicht auf Güter sprechen, worüber man nicht disponiren kann? Unterlassung der Appellation ist keinesweges Rechtsveräufserung, sondern Verzicht auf weitere Vertheidigung, welcher den Staat

---

35) N. Arch. d. Crim.-R. V. p. 542.

nichts angeht [36]). Gar spafshaft ist es nun aber, wenn man in Criminalsachen behauptet, der in erster Instanz z. E. zum Gefängnisse verurtheilte Angeschuldigte müsse die zweite Instanz angehen, um à l'avenant etwa zum Tode verurtheilt zu werden, weil er auf unveräufserliche Güter nicht verzichten könne. Das wäre gerade, als wenn der Staat aus diesem Grunde einen an einem lästigen körperlichen Schaden Leidenden zu Aushaltung einer chirurgischen Operation zwingen wollte, wodurch derselbe vielleicht geheilt oder weniger lästig werden könnte, möglicherweise aber auch noch lästiger oder gar tödtlich.

Der Staat seiner Seits muss aber das Urtheil des Unterrichters für nicht weniger rechtlich halten, als das des Oberrichters. Denn sonst könnte er ihn gar nicht zum Richter ernennen. Er handelt selbst durch den Richter, darf sich daher nicht zum Richter des Richters aufwerfen. Für ihn ist jedes Urtheil eine Rechtsdeclaration, keinesweges aber eine Rechtsverletzung [37]). Eben deshalb kann im Inquisitionsprocess in einer höheren Instanz nie eine Abänderung des ersten Urtheils zum Nachtheile des Angeschuldigten Statt finden, wie dies auch die älteren Juristen meistens annahmen [38]) und in Ansehung der lossprechenden Erkenntnisse wohl nie bezweifelt ist [39]). Es wäre ungereimt, ein vom Staate selbst

---

36) Almendingen Metaph. d. Civ.-Proc. I. p. 342.

37) Batz Abhandlungen p. 256. 257. Almendingen a. a. O. p. 255. 341.

38) Leyser Sp. 639. m. 7.

39) Grolmanns G.-S. d. Crim.-R.-W. (A. 2.) §. 518. Puffendorf III. o. 100. §. 3. Nach einer Baierschen Verord-

für nicht vorhanden erklärtes Recht um des Staats willen als vorhanden zu betrachten [40]). Da der accusatorische Process längst aufser Gebrauch ist, so möchte es überflüssig sein, genau zu untersuchen, ob der Ankläger im alten Deutschland habe appelliren können. Wenigstens ist ihm die Nichtigkeitsklage in C. O. C. P. 2. T. 31. §. 14. nicht gegeben [41]). Im Untersuchungsprocesse hat man in Deutschland stets dafür gehalten, dass ein Rechtsmittel wider den Angeschuldigten nicht denkbar sei, indem er keine Gegenpartei habe [42]). Dasselbe giebt schon das gewöhnliche Rechtsmittel der weiteren Vertheidigung durch seinen Namen zu erkennen [43]). Eben deshalb konnte auch l. 39. C. de appell. (7. 62.) keine Anwendung finden, weil eine Gegenpartei fehlte, der das Rechtsmittel des Angeschuldigten mit hätte zu Gute kommen können. Übrigens ist die von Justinian eingeführte Gemeinschaftlichkeit der Appellation etwas Singuläres und Inconsequentes, und vollends absurd wäre es gewiss, wenn man annehmen wollte, der Angeschuldigte führe durch seine weitere Vertheidigung die Anschuldigung einer Gegenpartei zugleich mit aus [44]). Selbst im Römischen Rechte trat sie schwerlich für den Ankläger bei einer Appellation des Angeklagten ein. Denn für den zur Strafe verurtheilten Angeklagten konnte ja Jeder

---

nung v. 1808. war beides gesetzlich. Mittermaier a. a. O. II. p. 571.

40) Almendingen a. a. O. p. 344.

41) Puffendorf III. o. 100.

42) Grolmann u. Puffendorf a. a. O.

43) Martins Lehrb. d. Crim.-Proc. (A. 2.) §. 157. not. 5.

44) Almendingen a. a. O. p. 175. 181. 187.

appelliren, selbst wider dessen Willen, dies sollte die Menschlichkeit erfordern [45]). Man sagte: »hominis interest, hominem beneficio affici.« Was wäre es aber für eine Menschlichkeit gewesen, wenn man Jedermann verstattet hätte, seinen Nebenmenschen durch Appellation in härtere Strafe zu bringen?

Dass im Inquisitionsprocesse der Staat als Partei und zwar als Ankläger dem Angeklagten entgegenstehe, hat in sofern etwas Komisches, als dies eine unsichtbare Partei wäre. Die Idee ist aber auch unpassend und der Würde des Staats nicht angemessen. Denn diejenigen, welche sich im Inquisitionsprocesse Parteien denken, müssen den Richter an die Stelle des Anklägers treten lassen, wie Feuerbach a. a. O. §. 520. und Grolmann a. a. O. § 532. thun. Wäre nun der Staat mit diesem von ihm bestellten Ankläger noch nicht zufrieden, sondern wollte noch überdies selbst den Ankläger machen; so müsste er wahrlich sehr strafsüchtig und grausam sein. Wohl richtiger giebt es aber im Untersuchungsprocesse gar keine Parteien; sondern der Staat übt seine Policeistrafgewalt durch den Richter aus, der die Thatsachen ermitteln und beurtheilen soll [46]), zu dem Ende aber an ein gewisses bestimmtes Verfahren gebunden ist, damit seine Willkür nicht dem öffentlichen Wohle schade, das auch in dem Angeschuldigten verletzt werden kann. Wollte der Staat nun mit dem Urtheile dieses von ihm selbst dem Angeklagten gegebenen Richters nicht zufrieden sein, sondern darüber

---

45) l. 6. D. de appell. (49. 1.) l. 6. C. de episcop. aud. (1. 4.). Martin a. a. O. §. 155. n. IV.

46) Martin a. a. O. §. 121.

wachen, dass es nicht zu gelinde ausfalle; so müsste er doch natürlich auch seine Sorge darauf erstrecken, dass es nicht zu hart sei, und da er selbst als blofse Idee hierüber ohne seine Richter kein Urtheil fällen könnte; so müsste die Sache jedesmal an einen höheren Richter gelangen, so lange noch einer da wäre, womit denn die Wohlthat mehrerer Instanzen für den Angeklagten gänzlich verloren gienge. Kann das Urtheil in einer höheren Instanz bei Gelegenheit eines Rechtsmittels des Angeklagten geschärft werden (was gewiss, so oft es geschieht, Jeden, der Antheil an dem Angeklagten nimmt, empört, jeden Gleichgültigen aber zum Lachen bringt, was ebenfalls kein gutes Zeichen ist); so wird der Verurtheilte lieber ein nicht ganz unerträgliches Unrecht in erster Instanz geduldig tragen, als sich der Möglichkeit eines noch gröfseren in höherer Instanz aussetzen, besonders wenn darin brav geschärft wird. Die Richter freilich werden es um so bequemer haben, ein Resultat, worauf man manchmal bei neuen Meinungen stöfst.

Dass übrigens der Staat bei schweren Strafen nochmals amtshalber eine Prüfung veranstalte, ob auch dem Condemnirten zu nahe geschehen ist, dagegen kann nichts erinnert werden. Es ist vielmehr menschlich auch consequent, indem er selbst den Einwilligenden nicht ohne Noth strafen will [47]).

In Strafsachen hat man im Herzogthum Oldenburg nie mehr als zwei Instanzen. Bei Verbrechen führen die Landgerichte die Untersuchung. Die Justizcanzelei ist Criminalgericht und das Oberappella-

47) Grolmann a. a. O. §. 518. not. c.

tionsgericht die zweite Instanz. Bei Vergehen sind die Landgerichte zugleich Untersuchungs- und Strafgerichte. Die Justizcanzelei ist die zweite Instanz. Polizeiübertretungen untersuchen und richten die Ämter. Die zweite Instanz sind die Landgerichte [48]).

Das Oberappellationsgericht kann das Urtheil des Criminalgerichts auch zum Nachtheil des Angeschuldigten abändern [49]), und wenn der Angeschuldigte zur Todes-, Ketten- oder zwanzigjähriger Zuchtshausstrafe verurtheilt worden ist: so soll das Erkenntniss des Criminalgerichts dem Oberappellationsgerichte zur Prüfung und Entscheidung in zweiter und letzter Instanz von Amtswegen eingesendet werden [50]). Sobald also das Gutachten des Criminalgerichts dahin geht, dass der Angeschuldigte so schwer zu bestrafen sei; so hat er nur *eine* Instanz beim Oberappellationsgerichte und kann, wenn z. E. dieses Gutachten auf zwanzigjährige Zuchthausstrafe anträgt, in dieser einzigen Instanz zum Tode verurtheilt werden. Dies Verfahren ist noch härter, als das beim Standrechte, wornach zwar der Angeschuldigte ebenfalls in *einer* Instanz zum Tode verurtheilt werden kann, aber doch nur mit vier Stimmen gegen eine [51]), wogegen beim Oberappellationsgerichte absolute Stimmenmehrheit genügt [52]). Nach Französischem Rechte kann der Angeschuldigte zwar gleichfalls in *einer* Instanz zum Tode verurtheilt werden. Er hat aber doch noch den Recurs an den Cassationshof.

---

48) Gesetzsamml. I. 230. 231.

49) Str.-G.-B. a. 859.

50) Dasselbe a. 850.

51) Dasselbe a. 933. 934.

52) Dasselbe a. 833. 860.

Wurden so schwere Criminalstrafen nicht erkannt; so kann sich zwar der Angeschuldigte dem Urtheile erster Instanz unterwerfen. Allein das hilft ihm nichts,

1) wenn das vorsitzende Mitglied des Criminalgerichts glaubt, er sei zu gelinde bestraft oder gesetzwidrig losgesprochen oder von der Instanz entbunden. Denn dann kann dieses Revision interponiren [53]). Das Unpassende einer solchen Berechtigung des Vorstandes, selbst wenn er nicht mit stimmt, was er indess in Oldenburg thut, sucht ein Aufsatz im N. Arch. d. Crim. R. II. p. 648 f. zu zeigen.

2) Wenn sein Vertheidiger, Vater, Vormund oder Ehegatte nicht damit zufrieden ist, dass er blofs von der Instanz entlassen wurde, oder bei einer Condemnation glaubt, dass der Angeschuldigte dadurch beschwert sei. In diesem Falle kann Jeder von ihnen anstatt des Angeschuldigten die Revision interponiren [54]), ihn also nach Umständen statt der Absolution von der Instanz zu einer Strafe und statt einer gelinderen zu der schwersten Strafe, selbst des Todes, verhelfen.

Vom obigen gewöhnlichen Instanzenzuge in Straffällen sind noch einige Sachen aufserordentlicher Weise wieder ausgenommen. Ein paar dieser Ausnahmen wurden durch die Errichtung einer Zwangsarbeitsanstalt veranlasst, in welche die Regierung auf bestimmte Zeit bis zu zwei Jahren diejenigen Staatsbürger bringen lassen kann, die polizei- und ordnungswidrig leben und deshalb wiederholt mit

---

53) Str.-G.-B. a. 852.

54) Dasselbe a. 854.

Warnungen oder gar mit Strafe vom Amte bestraft worden sind, z. E. Trunkenbolde, die öffentliches Ärgerniss geben, Müssiggänger, die Anspruch auf Unterstützung aus Armenmitteln machen, Menschen, die durch Müssiggang oder Unsittlichkeit Unordnungen in die Familien bringen, Diebe und Betrüger, die, wenn sie gleich nur wegen Vergehen bestraft sind, doch durch wiederholte Entwendungen und Betrügereien eine besondere Fertigkeit darin und einen ausgezeichneten Hang zu unrechtlichem Erwerbe bewiesen haben [55]). Gar sehr wird sich der Aufenthalt in dieser Anstalt von dem im Strafarbeitshause nicht unterscheiden. In *einer* Rücksicht kann jener noch unangenehmer werden, als dieser, dass nämlich bei der zweiten Verweisung in die Zwangsarbeitsanstalt durchaus Ruthenstreiche erfolgen müssen, welche Anfangs von 12 bis 25 bestimmt waren [56]), jetzt aber bei der dritten Verweisung dahin bis zu 50 gehen können [57]). Jene Ähnlichkeit hat

---

55) Gesetzsamml. IV. 3. p. 101. 103. 104. 108. 118.

56) Dieselbe IV. 3. p. 113. 121.

57) Dieselbe VI. p. 408. 409. Im N. Arch. d. Crim.-R. VI. p. 352. heifst es: Als grofse Vorzüge des neuen Entwurfs des Strafgesetzbuchs für Baiern müssen ausgezeichnet werden: — die Weglassung vorzüglich der körperlichen Züchtigung, wodurch erst das künftige Gesetzbuch Baierns einen der Selbstständigkeit der Nation und der Freiheit der Verfassung entsprechenden Charakter erhält, vorzüglich da auch im Polizeistrafgesetzbuche die körperliche Züchtigung als Strafart verschwunden ist. Im Grofsherzogthum Oldenburg (freilich noch zur Zeit kein constitutioneller Staat) ist diese Strafart nicht so unbeliebt und wird häufig für besonders würksam gehalten. Der Amtmann kann bei Poli-

wohl Veranlassung gegeben, dass die Regierung einen entlaufenen und erst nach 6 Tagen zurückkehrenden oder zurückgebrachten Zwangsarbeiter für die übrige Dauer seiner Verwahrungszeit nebst zweimonathlicher Verlängerung zu mehrerer Sicherheit gleich einem Sträfling behandeln und zu dem Ende an das Strafarbeitshaus abliefern [58]), sonach eine Criminalstrafe ohne Urtheil und Recht exequiren muss, womit aber die Nachtheile des Strafarbeitshauses, Verlust des Adels u. s. w. nicht verbunden sein werden, da solche nach Str.-G.-B. a. 26. eine gerichtliche Verurtheilung voraussetzen.

Ist Jemand schon dreimal in der Zwangsarbeitsanstalt gewesen und hat er sich dennoch nicht gebessert; so condemnirt ihn das Criminalgericht zu 1 bis 3 Jahr Strafarbeitshaus [59]), und eine nachherige authentische Declaration sagt, dass gegen ein solches Urtheil, da in diesem Falle die Vorschriften des Strafgesetzbuchs überall keine Anwendung fänden (also auch wohl obige Nachtheile nicht), kein Rechtsmittel, sondern nur der Recurs an den Landesherrn zulässig sei [60]).

Eine andere Ausnahme wurde 1827. gesetzlich festgesetzt, wornach über Einreden der Bürgen in Criminalsachen in der Regel in erster Instanz von dem Untersuchungsgerichte (welches in Criminalsachen gar keine Jurisdiction hat), in der zweiten und letzten aber von der Justizcanzelei, als Criminalgeze

---

zeiübertretungen, deren Strafe seinem Ermessen überlassen ist, Jedermann 25 Ruthenstreiche dictiren. Beamten-Instr. §. 8.

58) Gesetzsamml. IV. p. 122.

59) Dieselbe IV. p. 121. 122.

60) Dieselbe V. p. 236.

richt, entschieden werden soll, das Oberappellationsgericht also völlig ausgeschlossen ist [61]). Die Frage, ob solche Entscheidung dem Criminalrichter oder dem Civilrichter gebühre, kam bei Gelegenheit, dass eine zur Untersuchung sogenannter dämagogischer Umtriebe ernannte, aus zwei Regierungsmitgliedern bestehende, Hofcommission sich Cautionen für die Denunciaten hatte bestellen lassen, wiewohl ohne Grund in Anregung, weil gar keine einem Criminalgerichte bestellte Caution vorlag. Es ergieng indess eine Verordnung, nähere Vorschriften zur Erklärung und Ergänzung der im Art. 618 f. des Strafgesetzbuchs enthaltenen Bestimmungen wegen Befreiung vom Gefängnisse gegen Leistung hinreichender Sicherheit enthaltend, mit der Vorschrift, dass sie auf alle bereits bestehenden Sicherheitsleistungen angewendet werden solle, die auch die oben erwähnten Bestimmungen wegen des fori enthielt.

Auch die Cammer (eine Finanzbehörde) hat Jurisdiction in Strafsachen, nämlich wegen Zoll- und Accise-Defraudationen. Diese Sachen können der Confiscation halber besonders wichtig sein. Auch sind die Strafen an sich nicht unbeträchtlich, z. E. zwei Jahr Gefängniss [62]). In erster Instanz entscheidet das Amt, in zweiter und letzter die Cammer [63]). Anderwärts hat man in neueren Zeiten dergleichen Defraudationen den gewöhnlichen Gerichten zur Untersuchung und Entscheidung überlassen [64]). In ei-

---

61) Gesetzsamml. V. p. 415. 417. 418.

62) Dieselbe II. 2. p. 81. 82. 35.

63) Dieselbe a. a. O. Beamten-Instr. §. 54.

64) Arch. f. d. civ. Prax. IV. 370.

nigen Straffällen hat sich endlich noch die Regierung als zweite und letzte Instanz constituirt. Sie hat nämlich auf den Fall, dass bei einer Visitation in einem Kramladen Waaren gefunden würden, welche nur die Apotheker führen dürfen, eine Strafe zum erstenmal von 10, zum zweitenmal von 20 und zum drittenmal von 50 Reichsthaler, verbunden mit Einziehung der Handelsconcession, jedesmal unter Confiscation der Waaren und Verurtheilung in die Kosten festgesetzt, welche die Ämter sofort beim Befund der verbotenen Waaren lediglich unter Vorbehalt des Regresses an die Regierung aussprechen sollen [65]). Ferner verordnete sie, dass nur concessionirte Blutigelfänger Blutigel fangen und verkaufen sollten, jedoch damit stets versehen sein müssten und sie ohne Erlaubniss nicht ausführen dürften. Contravention wurde mit Confiscation der Blutigel, Geldstrafe von 10 Reichsthaler und Einziehung der Concession bedroht, welche Strafen die Ämter lediglich mit Vorbehalt des Recurses an die Regierung, jedoch ohne Suspensiveffect, aussprechen sollten [66]). Da in der ersten Bekanntmachung sogar ein Termin festgesetzt ist, in welchem ihre Bestimmungen in *gesetzliche Kraft* treten sollen; so entsteht ein Bedenken aus einem Cabinetsrescripte v. 11. Mai 1816., worin es heifst: »Neue gesetzliche Verfügungen kann die Regierung ohne specielle landesherrliche Autorisation so wenig, wie eine andere höhere Landesbehörde in ihrem Ressort erlassen [67]),«

---

65) Gesetzsamml. V. 2. p. 46. 47.
66) Dieselbe V. 2. p. 193 f.
67) Staatskal. v. 1828. p. 137.

welches die Regierung wohl in den Bekanntmachungen selbst hätte beseitigen mögen.

3) In bürgerlichen Rechtssachen fehlt es gleichfalls nicht an Singularien.

Wenn die Justizcanzelei ein Urtheil des Landgerichts bestätigt und der Beschwerdegegenstand nicht über 300 Reichsthaler beträgt, so fällt die weitere Appellation weg und es bleibt bei zwei Instanzen [68]), so dass es bei einer Meinungsverschiedenheit zwischen dem Oberappellationsgerichte und der Justizcanzelei vom Landgerichte abhängt, ob die Partei 2 oder 3 Instanzen haben soll. In dem dem Oldenburgischen nachgebildeten Processreglement für das Fürstenthum Lübeck ist diese Singularität weggelassen, aus welchem Grunde, ist unbekannt. Beschwerden über gerichtliche Verfügungen in Sachen nicht streitiger Gerichtsbarkeit können nur bis an das Oberappellationsgericht gebracht werden, wenn ein contradictorisches Verfahren unter Parteien Statt gehabt hat [69]).

Eine Nichtigkeitsbeschwerde wider ein Erkenntniss des Amts, welches zwar hauptsächlich nur in geringfügigen Sachen bis zu 25 Reichsthaler incl. erkennt, aber auch über einige wichtigere Sachen, z. E. das possessorium summariissimum, entscheidet [70]), kann nur bis zur Justizcanzelei verfolgt werden [71]), wogegen man in älteren Zeiten in Deutschland der Meinung war, bei Nullitäten müsse man aller Ap-

---

68) Proc.-Ordn. p. 59.
69) Dieselbe p. 79. 80.
70) Beamten-Instr. §. 23.
71) Proc.-Ordn. p. 61.

pellationsfreiheiten ungeachtet Hülfe suchen können, so lange noch ein höheres Gericht vorhanden sei.

Streitigkeiten in Betreff der Dämme gegen das Meer und die Flüsse, der Wasserschleusen, deren Erhaltung u. s. w. gehören in einziger Instanz für die Regierung, und diejenigen, welche bei Gelegenheit von Zerstückungsgesuchen, Ausweisungen von Land aus der Gemeinheit, Gemeinheits- und Markentheilungen entstehen, eben so für die Cammer [72]). Rücksichtlich der Personen ist der befreiete Gerichtsstand in dem sogenannten Ressortreglement von 1814 mit wenigen Ausnahmen zwar nur vorläufig ausgesetzt, jedoch glücklicherweise noch nicht wiederhergestellt, was die Worte jenes Gesetzes befürchten liefsen [73]). Zu den Ausnahmen gehört:

1) dass die Landescassen, welche eigene Gerichtsbarkeit besitzen, in erster Instanz unter der Justizcanzelei sortiren [74]), also nur zwei Instanzen haben, indem man eine dritte Instanz vermittelst Actenversendung, welche hier natürlich wäre, nicht gestattet. Von der Wohlthat dreier Instanzen ausgeschlossen zu sein, wenn sie alle übrigen Staatsbürger besitzen, kann wohl keine Gunst heifsen, und ein privilegium odiosum hat der Gesetzgeber gewiss nicht beabsichtigt, was man auch nach heutigem Sprachgebrauche kein Privilegium nennt [75]), so dass sich hier ohne Zweifel eine Lücke in der Gesetzgebung findet.

2) Die Jurisdiction in allen persönlichen Ansprü-

---

72) Gesetzsamml. I. p. 227. n. 4. 7. VI. p. 250. 251.
73) Dieselbe I. p. 228. 229.
74) Dieselbe I. p. 229.
75) Glück I. p. 255.

chen oder den status betreffenden Civilsachen der Militärpersonen, ihrer Frauen und in ihrer väterlichen Gewalt befindlichen Kinder und in Strafsachen der Militärpersonen steht dem Militärcollegio zu. Die zweite und letzte Instanz ist bei der Justizcanzelei[76]). Wo also andere Unterthanen in Civilsachen drei Instanzen durchgehen können, haben diese Personen nur zwei und zwar mit Ausschliefsung der höchsten und daher praesumtiv erleuchtetsten Gerichtsbehörde. Doch kann ihnen das Militärcollegium den gewöhnlichen Rechtsgang durch die Erklärung zurückgeben, dass die Sache besonders verwickelt sei[77]). In ihren Strafsachen wird ebenfalls das höchste Gericht ausgeschlossen, und sie müssen sich bei den Entscheidungen des Criminalgerichts beruhigen, bei welchen sich sonst Niemand zu beruhigen braucht, ja dessen Entscheidungen der Staat selbst in den schwersten Fällen nach Obigem für Nichts rechnet. Dagegen scheinen sie nicht zu leiden zu brauchen, dass man schwere Criminalurtheile ohne ihre Einwilligung in die zweite Instanz sendet, um daselbst à l'avenant geschärft zu werden[78]).

---

76) Gesetzsamml. I. p. 235. II. 1. p. 50. 51. 53 f. 60. VI. p. 593.

77) Dieselbe II. 1. p. 52.

78) Dieselbe II. 1. p. 60.

XI.

Über Redefreiheit in richterlichen Collegien.

In Collegien, welche nach Mehrheit der Stimmen beschliefsen, wie die gerichtlichen, hängt der endliche Erfolg von dem Eindruck ab, den die Meinung des einen Mitglieds auf das andere macht. Um diesen nicht zu schwächen, muss daher jedes Mitglied seine Überzeugung vor allen Dingen mit unbedingter Freimüthigkeit aussprechen, ohne Falsch wie ohne Hehl, ohne Freundschaft wie ohne Feindschaft, wie ihm auch in seiner Bestallung durch die Clausel: dass es der Gerechtigkeit mit Mund und Herzen aufrichtig beipflichten und sich davon auch durch Freundschaft nicht abwendig machen lassen solle, oder eine ähnliche, zur Pflicht gemacht zu werden pflegt. Dies können die streitenden Theile und die übrigen Mitglieder von ihm fordern. Denn letztere sind als Freunde zu betrachten, welche ihren Collegen in einer wichtigen Angelegenheit um seine Meinung ersuchen, und die er ja täuschen würde, wenn er nicht offenherzig spräche. Die Freimüthigkeit ist eine uralte Deutsche Tugend. Denn schon Tacitus de mor. Germ. C. 22. sagt von unsern Vorfahren: »Gens non astuta nec callida aperit adhuc secreta pectoris licentia loci. Ergo detecta et nuda omnium mens —. Deliberant dum fingere nesciunt.« Bei allen öffentlichen Beamten ist sie unter der Diensttreue begriffen, gegen Höhere eine schwere Tugend und dennoch leichten Kaufs [1]). Bei jenen kommt es auf Mehreres,

---

1) Zachariä v. Staat B. 4. Abth. 2. p. 325.

als blofse Arbeit an. Freimüthige Darstellung unangenehmer Wahrheiten, dreister Widerspruch gegen vorgefasste Meinungen ist auch nicht selten erforderlich [2]). Aber leider! bleibt das alte: »Obsequium amicos, veritas odium parit«: oder wie es Mahomed ausdrückt: wer Wahrheit spricht, bekommt Prügel, wer Lügen spricht, Zuckerwerk: noch immer ein wahres Wort. Wenn indess gleich nicht Jeder auf die Frage, was er für das Schönste an einem Manne halte, mit Diogenes von Sinope antworten wird: die Freimüthigkeit [3]); so wird doch auch auf der andern Seite Niemand zugeben, dass diese an sich ein Gebrechen sei, daher die Oldenburgischen Blätter sich auch einst nicht passend ausdrückten, als sie von dem Regenten rühmten, dass er in seinen Audienzen freimüthige Äufserungen mit Nachsicht aufnehme. Man will nur das freilich Unmögliche, dass wer diese Tugend ausübt, genau das Gefühl desjenigen, gegen den er sie übt, kenne und durch gehörige Dämpfung dafür sorge, dass er es nicht unzart berühre, wodurch denn folgeweise die Ausübung selbst unmöglich gemacht wird. In Benthams Grundsätzen der Civil- und Criminal-Gesetzgebung, herausgegeben von Donant, mit Anmerkungen von Beneke B. 1. p. 120. 121. wird behauptet, in Collegien würke das Dissentiren, besonders wenn es mit Glück geschehe, schon an sich bei dem Gegentheil eine Antipathie, und dies folgendergestalt weiter ausgeführt:

1) Der Stolz werde dadurch verletzt. Wer nicht

---

2) Rehberg über die Staatsverwaltung Deutsch. Länder. p. 174.

3) Diog. Laert. VI. 69.

meine Meinung annehme, erkläre dadurch indirect, dass er in diesem Puncte wenig von meiner Einsicht halte. Eine Erklärung dieser Art verletze meine Selbstliebe und zeige mir einen Gegner in einem Menschen, der mir nicht allein diesen Grad von Nichtachtung zeige; sondern überdies diese Nichtachtung in dem Mafse fortpflanzen werde, als er seiner Meinung den Sieg über die meinige verschaffe. Hierzu komme

2) das Gefühl der abgewehrten Herrschaft. Wenigstens fühlten wir beim Entgegenstreben der Meinungen, dass unsere Macht beschränkt sei, dass wir in vielen Fällen genöthigt seien, zu weichen, dass unsere Herrschaft, die wir gern nach allen Seiten hin verbreiten möchten, im Gegentheil von allen Seiten begrenzt sei. Was uns aber unsere Schwäche zum Bewusstsein bringe, verursache uns einen geheimen Schmerz, einen Keim zur Unzufriedenheit mit Andern. Endlich

3) zeige sich noch die Täuschung des Verlangens nach Einstimmigkeit würksam. Die Einstimmigkeit gefalle uns. Sie sei die einzige äufserliche Gewähr der Wahrheit unserer Meinungen.

Kommt es daher bei öffentlichen Collegien auf das allgemeine Beste und bei richterlichen insonderheit auf die Gerechtigkeit nur in soweit an, als deren Beförderung ohne Verletzung des Gefühls irgend eines Mitglieds derselben geschehen kann; so ist es consequent, das Dissentiren ganz zu unterlassen, was auch der Sage nach in älteren Zeiten wohl bei einem oder andern Gerichte Statt gefunden haben soll. Man sagte, das Gegentheil würde nur übles Blut setzen und zu beständiger Uneinigkeit Veranlassung

geben. Dies wird in unseren Zeiten schwerlich irgendwo noch in Betracht kommen, allenfalls darin, dass dem nicht immer beistimmenden Mitgliede Eigendünkel beigemessen wird, sich auflösen. Manches immerwährende Accedo lässt sich wenigstens auch aus anderen Gründen erklären [4]). Aber der Ton, worin der Dissens geäufsert wird, darauf setzen Einige noch grofse Wichtigkeit. Was aber die Überzeugung eines Gerichtsbeisitzers, gerade so, wie sie ihm beiwohnt, in unbedingter Freimüthigkeit vorgetragen, würken kann, darauf hat die Partei ein Recht und nur damit kann sich jener bei gehörig angewandtem Fleifse in seinem Gewissen beruhigen. Dass hier von Persönlichkeiten und Schimpfworten nicht die Rede sei, bedarf keiner Bemerkung. Leider will man aber häufig Etwas als Persönlichkeit qualificiren, was es gar nicht ist, wobei indess meistens der böse Wille sein Spiel treibt, indem die Unterscheidung zwischen Person und Sache ganz leicht ist.

Bescheidenheit, worauf hier als die Cardinaltugend gedrungen wird, ist freilich eine Forderung der Moral, deren Erfüllung aber dem Gewissen eines Jeden überlassen bleiben muss. Sie mag an ihrem Ort sein, wenn sie nicht übertrieben wird, was man den Deutschen im Allgemeinen wohl Schuld geben will, und wenn es höhere Pflichten nicht verbieten. Aus der letzteren Ursache wird vom Römischen Juristen Paulus gerühmt, dass er im Kaiserlichen Tribunal bei Entscheidung streitiger Fälle freimüthig den Kaisern selbst ins Gesicht widersprochen habe [5]),

---

4) Arch. f. d. civ. Prax. V. p. 134.

5) Glück I. §. 94. 95. not. 52.

was doch wohl nicht bescheiden war. Warum nun aber in richterlichen Collegien, als Versammlungen, worin Jeder als freier Mann sein freies Votum hat, um Wahrheit und Recht den Sieg zu verschaffen, die Bescheidenheit von solchem Gewichte sein soll, ist nicht zu begreifen. Übrigens fehlt es an Regeln darüber, was ihr gemäfs oder zuwider sei, gänzlich. Ein schwankendes Gefühl entscheidet dies nach der Individualität eines jeden Einzelnen bald so bald anders, und diese Entscheidung ist daher, der Natur eines blofsen Gefühls gemäfs, höchst allgemein, unbestimmt und keiner Begründung fähig. Sie lautet z. E., ein Ton ist zu bitter, zu schneidend, zu absprechend, nicht schonend genug, für gegenseitige Ansichten zu herabwürdigend, für ihre Vertheidiger zu geringschätzig oder überhaupt unangemessen, zu launig u. s. w. Oder es soll wohl gar Consequenzmacherei die Unbescheidenheit erst zu Tage fördern, z. E. Jemand behauptet, aus einer bestrittenen Meinung folge etwas Absurdes, also hält er den Vertheidiger derselben für einen Dummkopf u. s. w.

Da das Gerichtsmitglied die Sache beurtheilen und sein Urtheil darüber begründen soll; so muss es auch das Absurde, Ungerechte, sogar Lächerliche, was eine der seinigen entgegengesetzte Meinung hat, aus einander setzen dürfen. Hat aber schon ein College dieser Meinung beigepflichtet; so, meint man, sei es dazu nicht allerdings befugt, weil es die Bescheidenheit verbiete. Nun müsse Manches unterdrückt werden, was sonst hätte gesagt werden dürfen, weil es dem Collegen empfindlich sein könnte. Sonderbar! Besteht denn das summum bonum des Staats in der Gerechtigkeit, oder darin, dass kei-

nes Gerichtsmitgliedes Eigenliebe verletzt werde, möge es auch aus Arbeitsscheu das albernste Geschwätz nur flüchtig hinwerfen und dergestalt das »difficile est, satyram non scribere« selbst begründen? Aufserdem werden wohl alle Gerichtsmitglieder ohne Ausnahme zu denjenigen gehören, wovon Quintilian L. X. C. 1. sagt: »Labuntur aliquando et oneri cedunt et indulgent ingeniorum suorum voluptati, nec semper intendunt animum, nonnunquam fatigantur, quum Ciceroni dormitare interim Demosthenes, Horatio vero etiam Homerus ipse videatur.« Warum sollten sich ihre Collegen hier durch Bescheidenheit abhalten lassen, sie wieder zu erwecken? Die so etwas verlangen, wollen, dass man persönliche Rücksicht an die Stelle der Rücksicht auf das öffentliche Wohl setze, welche letztere im Gegentheil gebietet, »nullius pro rei veritate metuere inimicitias [6]).«

Umwege, meint man, könnten hier aushelfen. Allein wohl nicht mit Unrecht sagt Lessing: »Wer nur darauf denkt, die Wahrheit unter allerlei Larven und Schminke an den Mann zu bringen, der möchte wohl gern ihr Kuppler sein, nur ihr Liebhaber ist er nie gewesen, und ich wüsste kaum etwas Schlechteres, als einen solchen Kuppler der Wahrheit.« Und was die sonst leicht entstehenden Beschwerden über einen gar zu bitteren Ton betrifft; so erinnern sie, wenn man Kleines mit Grofsem vergleichen darf, an einen Brief, in welchem Luther dem Papst Leo X. schrieb: »Unsere Ohren sind so gar zart und weich worden durch die Menge der schändlichen Schmeichler, dass sobald wir nicht

---

6) Rhetor. ad Herenn. L. 3. C. 3.

in allen Dingen gelobt werden; so schreien wir gleich, er ist beifsig. Und dieweil wir uns der Wahrheit nicht anders erwehren können; so entschlagen wir uns derselben durch den erdichteten Vorwand der Beifsigkeit und Unbescheidenheit.« »Es ist nicht eben Mangel an Achtung«, sagt die Leipziger Litteraturzeitung von 1823 p. 1828, »wenn ein selbstständiger Sinn Umwege nicht machen, nicht das natürlich Bittere mit Honig versetzen mag, sondern gern jede Sache bei ihrem rechten Namen nennt.« Eine sonderbare Mode, auf welche man auch wohl Werth legt, ist es übrigens, dass derjenige, welcher einer entgegengesetzten Meinung ist, solche nicht positiv ausdrückt; sondern durch ein »es scheine ihm so, es dürfte, möchte wohl so sein« als zweifelhaft darstellt, welches schon manchmal die spafshafte Folge gehabt hat, dass die Entscheidungsgründe, als welche man ein solches Votum abschreiben liefs, ganz zweifelhaft ausfielen. Für infallibel wird sich wohl Niemand ausgeben wollen, allenfalls giebt die clausula salutaris am Ende der votorum »salvis melioribus« das Gegentheil hinlänglich zu erkennen.

Gewiss wäre es daher des allgemeinen Bestens wegen zu wünschen, wenn der Staat ein für allemal festsetzte, dass diejenigen Gerichtsbeisitzer, welche eine unbedingte Freimüthigkeit nicht ertragen könnten, sondern sich darüber empfindlich bezeigten, als zum öffentlichen Dienste ganz untauglich betrachtet und daraus entfernt werden sollten. Wird dagegen eine solche Empfindlichkeit als etwas angesehen, was man Niemandem verdenken kann, und deshalb in Schutz nehmen muss; so werden freimüthige

Wahrheitsfreunde, deren Mangel wohl hauptsächlich der unvollkommene Zustand der Gesetzgebung und Justiz in manchen Deutschen Ländern zuzuschreiben ist, müde der ewigen Neckereien sich bald genöthigt sehen, den kleinlichen Leidenschaften der Eigenliebe und Eitelkeit, wo nicht gar der Chikane, die sich hinter ihnen verbirgt, und hier das einzige, aber leicht anwendbare Mittel vorfindet, jene nach Belieben zu quälen, das Feld zu räumen. Die Präsidenten, Vorsitzer, vorsitzenden Mitglieder der richterlichen Collegien sind, wie schon der Name ergiebt, nichts weiter als primi inter pares, können sich also in Ansehung des Stils über die mit ihnen deliberirenden, ihnen als Votanten völlig gleichstehenden Mitglieder keinerlei Autorität anmafsen. »Par enim in parem imperium non habet« [7]). Ist ihr Rang, Ansehen, ihre Einnahme bei weitem höher, wie dies häufig der Fall ist, also ja wohl zum Besten des Dienstes für nöthig gehalten wird; so müssen sie um so mehr auf ihrer Hut sein, sich dadurch zu dergleichen Anmafsungen nicht verleiten zu lassen.

Im Oldenburgischen sind indess 1830 eine allgemeine Instruction für die Vorstände der höheren Landescollegien und eine Dienstinstruction für die Vorstände der Landgerichte des Herzogthums Oldenburg und der Erbherrschaft Jever ergangen, je-

7) l. 4. D. de recept. qui arbitr. (4. 8.)

doch nicht öffentlich bekannt gemacht worden, bei welchen die allgemeine Gerichtsordnung für die Preufsischen Staaten vielleicht benutzt ist, und worin das Verhältniss des Präsidenten zu seinen bisherigen Collegen eine völlige Abänderung erlitten hat. Er wurde nämlich jetzt deren Vorgesetzter und autorisirt, sie mit Verweisen auch vor versammeltem Collegio und selbst zu Protocoll, mit Geldstrafen von 1 bis 20 Reichsthalern bei den Landgerichten und von 5 bis 50 Reichsthalern bei den höheren Gerichten, Versagung alles Urlaubs auf gewisse Zeit, und bei den höheren Gerichten selbst mit Suspension zu belegen. Statt einer solchen zum viertenmal verwürkten Disciplinarbestrafung soll Dienstentlassung eintreten können. Jene Bestrafung hat Statt in allen Fällen, worin die Erfüllung der dem Präsidenten obliegenden Pflichten sie nöthig macht, was natürlich seinem Ermessen überlassen bleibt. Nicht so weit entfernt sich die Preufsische Gerichtsordnung (Th. 3. T. 2.) von dem Grundsatze, dass der Präsident nur primus inter pares sei. Sie will (§. 6.), dass derselbe so viel möglich Jeden zu seiner Pflicht mit Glimpf und Freundlichkeit anhalte. Nach §. 10. aber stehen ihm in dem Falle, wenn ein Mitglied des Collegii es in Beobachtung seiner Pflichten an Etwas ermangeln lässt [8]), nur Admonitionen, zuerst privatim, nachher mit Zuziehung des Directoris oder von ein paar anderen Räthen frei. Fruchten diese nicht; so darf er eine Untersuchung anstellen,

8) Dies scheint richtiger, wenigstens klarer, als das obige, in der Oldenburgischen Verordnung über den Fall, wenn die Züchtigung Statt findet, Vorkommende.

muss aber von dem Befunde an den Chef der Justiz berichten. Vielleicht hat der Preufsische Gesetzgeber bei Berathungen zwischen mehreren Personen, von denen eine über die übrigen eine noch dazu nicht einmal fest zu begrenzende Strafgewalt ausübt, die gleichmäfsige Mitwürkung eines Jeden zu dem endlichen Beschlusse nicht für hinlänglich gesichert gehalten, und geglaubt, dass daher die rechtsuchenden Parteien das Gegentheil verlangen könnten. Man will auch anderwärts schon die Erfahrung gemacht haben, dass bei der Assessoren Abhängigkeit vom Vorstande der Gerichte die Collegialverfassung meistens unwürksam war [9]). Die Oldenburgischen Präsidenten sollen ferner besonders darauf sehen, dass bei den schriftlichen und mündlichen Abstimmungen unanständige Schärfe und Heftigkeit vermieden und eine mit geziemender Mäfsigung verbundene Freimüthigkeit beobachtet werde. Hierüber enthält die Preufsische Gerichtsordnung gar nichts. Im Gegentheile, die Wichtigkeit einer unbedingten Stimmfreiheit erkennend, richtet sie ihr Augenmerk einzig auf diesen Punct. Der Präsident soll dahin sehen, dass Jeder seine Stimme mit hinlänglicher Kenntniss der Sache aus eigener freier Überzeugung abgebe (§. 16.). Ferner eingedenk, wie häufig die imponirende Autorität eines kräftigen Dirigenten die Freiheit der Meinungen niederschreckt [10]), hat sie hiergegen noch eine besondere Bestimmung gerichtet. »Die Präsidenten sind also,« heifst es §. 17., »in der Regel nicht berechtigt, irgend eine Verfügung für sich selbst eigen-

---

9) A. f. d. civ. Prax. V. p. 133.

10) Ebendas. XII. p. 137.

mächtig und ohne Zuziehung des Collegii zu erlassen: vielweniger sollen sie sich im Collegio selbst eines despotischen Ansehns anmafsen, den Räthen ihr freies Votum verschränken oder gar ihre Meinung gegen das Conclusum Collegii durchsetzen wollen.«

Die Disciplin der Gerichte zweckmäfsig einzurichten, hat grofse Schwierigkeiten. Ist sie dies, so hat sie die wohlthätigsten Folgen, im Gegenfalle aber entstehen desto gröfsere Nachtheile. Treffliche Worte, deren Inhalt Jeder, der hierin einige Erfahrung hat, bestätigen wird, enthält hierüber das Arch. f. d. civ. Prax. XI. p. 317. »So nothwendig und unentbehrlich,« heifst es daselbst, »eine zweckmäfsige Disciplin ist: so verderblich erscheint ihr Übermafs und das Ausschreiten der Richtergewalt in das Gebiet der Legislation. Ist es nicht das Gesetz, was die Formen und Dienstregeln vollständig, zweckmäfsig und deutlich bestimmt, hängt die Anordnung und Anwendung dieser Regeln von individueller Ansicht ab, darf der Vorgesetzte solche Ansichten durch Verweise aussprechen, darf er darin derb sein, willkürlich strafen; so wird die kräftigste Natur von endlosen Quälereien erdrückt, und statt des freien Aufschwungs aller Kräfte verbreitet sich unter den Gehorchenden ein allgemeiner Unmuth, Knechtssinn, Halbheit, Muthlosigkeit und eine Anzahl von Convenienzen und Rücksichten. — — Zahllos sind die Opfer des Richterdespotismus und einer ausgearteten Disciplin. Wie mancher gute Kopf, wie manche wackere Natur ist in der gerichtlichen Partie durch inhumane, ungesetzliche Behandlung seiner Vorgesetzten erdrückt worden! Es sind gewöhnlich die besseren Individuen, welche sich gegen Verletzung ihrer Men-

schen- und Amtswürde, gegen Überschreitung der gesetzlichen Schranken vertheidigen. Die Dummköpfe, die Trägen, die, welche das Gefühl der Schuld drückt, werden schweigen, jeden Verweis über sich hingehen lassen, sich, wenn grofse Strenge herrscht, bücken. Sie gerade kommen am besten weg, während der ganze Stolz der Dicasterien sich gegen solche richtet, die einen Widerspruch, eine Zurückweisung in die gesetzlichen Schranken wagen. Nicht eher wird mit Verweisen, mit Strafen, mit Vorwürfen anmafsender, ungeziemender Schreibart aufgehört, bis der Muth und das Selbstgefühl des angeblich renitirenden, anmafsenden Individuums erdrückt wird. Gegen die obigen Mängel und Ausartungen der richterlichen Disciplinargewalt schützen nicht Phrasen, nicht Humanitätsrescripte. Sie scheitern an der eisernen Macht der Verhältnisse. Dieselben Menschen handeln gut und böse, human und inhuman, strenggesetzlich und willkürlich, je nachdem irgend ein Beweggrund auf sie einwürkt oder beseitigt wird.«

Was die im Oldenburgischen den Präsidenten nunmehr obliegende Pflicht betrifft, dafür zu sorgen, dass ein gewisser Inhalt der Abstimmungen, welcher für unzulässig gehalten wird, nicht vorkomme; so findet sich dabei dieselbe Inconvenienz, wie bei der Censur der Druckschriften, dass dieser Inhalt nicht gehörig bezeichnet werden kann. Vermieden soll werden

1) eine unanständige Schärfe. Wahrscheinlich ist hier von einem schneidenden Tone die Rede, in welchem Falle man aber annehmen müsste, dass derselbe nicht stets, sondern nur etwa in einem höheren Grade unanständig sei. Wann der Ton nun

schneidend und zwar zu schneidend sei, bleibt dem individuellen Gefühle des Präsidenten überlassen. Manches zarte, für Harmonie gebildete Ohr kann einen Ton schon schneidend und deshalb unerträglich finden, der einem gewöhnlichen Ohre noch erträglich oder wohl gar angenehm ist.

2) Heftigkeit, das Zweite, was vermieden werden soll, steht einer Gerichtsperson, als solcher, sie sei nun Präsident oder Mitglied, durchaus nicht. Allein bei dem stimmenden Gerichtsmitgliede ist Feuer der Rede gewiss erlaubt, selbst angenehm, und dieses möchte mancher Präsident nur zu leicht als Heftigkeit proscribiren. Durch solches Feuer zeichnen sich besonders die Reden des Cicero aus. Wie viele von ihnen würden aber wohl haben gehalten werden können und auf uns gekommen sein, wenn die Römer an krankhafter Empfindlichkeit rücksichtlich des Tons gelitten hätten? Von denen, welchen seine Freimüthigkeit missfiel, sagt er in der Rede pro Sex. Rosc. Amerino c. 48.: »Desinant aliquando dicere, male aliquem locutum esse, si quis vere ac libere locutus sit.«

3) Die Freimüthigkeit endlich soll nicht unbedingt sein, was bisher ziemlich allgemein bei Meinungsverschiedenheit für lobenswerth gehalten wurde[11]); sondern so weit gemäfsigt werden, nicht gröfser sein, als es der Präsident geziemend hält, wobei natürlich das erlaubte Mafs lediglich seiner Willkür überlassen werden muss. Es ist zu befürchten, dass durch alles dieses die gewissenhaften Gerichtsmitglieder häufig in Verlegenheit kommen,

---

11) Feuerbachs civil. Vers. Th. 1. p. 218.

wie sie die Worte stellen sollen, um auf der einen Seite nicht gegen das Gefühl des Präsidenten zu verstofsen oder freimüthiger zu sein, als er es geziemend findet, auf der andern aber die Farbe ihrer Meinung nicht gänzlich zu verwischen. In einer ähnlichen Lage rücksichtlich des Caesar schreibt Caecina wenigstens an Cicero Ep. L. 6. n. 7. »Quem putas animum esse, ubi secum loquitur? hoc probabit: hoc verbum suspiciosum est: quid, si hoc muto? at vereor ne peius sit! — stilum persequitur. In hac igitur calumnia timoris, et caecae suspicionis tormento, cum plurima ad alieni sensus coniecturam, non ad suum iudicium scribantur, quam difficile sit evadere — nos sentimus.« Auch für den Präsidenten ist es eine schwierige Aufgabe, eine solche Gewalt ohne alle Regeln auszuüben, besonders, (da er mit referirt und stimmt), wenn es in Ansehung einer Abstimmung geschehen soll, die der seinigen entgegen ist.

Was die Art der Ausführung betrifft; so soll der Präsident zunächst dafür sorgen, dass keine solche missfällige Abstimmung würklich erfolge. Meistens circuliren freilich die Acten mit der Relation zur schriftlichen Abstimmung. Dann müsste natürlich jedes Mitglied seine Relation oder Abstimmung, ehe er sie wegsendete, dem Präsidenten zur Censur vorlegen. Allein man hat auch die Methode, welche noch gefährlicher ist als die gewöhnliche [12]), dass der Referent den Inhalt der Acten blofs aus dem Gedächtniss in der Session vorträgt, worüber dann sofort mündlich abgestimmt wird. In diesem Falle

---

12) vergl. Arch. f. d. civ. Prax. V. 133. 134.

wäre es nicht zu vermeiden, dass ein nach dem Gefühle des Präsidenten zu schneidender, heftiger oder ungeziemend freimüthiger Vortrag doch würklich zum Vorschein käme, und dem Präsidenten daher nichts weiter übrig bliebe, als mit Strafe sofort zu verfahren, in welcher Weise es gar bald zur Dienstentlassung der unbedingt freimüthigen Gerichtsmitglieder kommen könnte.

Im Oldenburgischen ist übrigens besonders der gemeine Mann fest davon überzeugt, dass im Gerichte keine Partei am freien Sprechen gehindert werden dürfe, was den Gerichten zur Ehre gereicht. Will der Richter ihn in dieser Rücksicht etwas einschränken; so erfolgt wohl als Vorwurf die Frage: Darf ich denn hier mein Gebrechen nicht sprechen? Wird diesem nun die neue Einrichtung bekannt; so denkt er in seiner Weise, die Gerichtsmitglieder selbst dürfen ihr Gebrechen nicht mehr sprechen, vielmehr nichts weiter sagen, als was der Präsident haben will, welches ihm sehr fremdartig vorkommen und sein Vertrauen zur Justiz noch mehr vermindern wird, das ohnedem nicht grofs zu sein pflegt.

XII.

Über Gesetze mit rückwirkender Kraft und authentische Interpretationen [1]).

In dieser Materie legen die Rechtslehrer gewöhnlich dasjenige zum Grunde, was die Beherrscher des Römischen Reichs in der Römischen Gesetzsammlung über ihre Machtvollkommenheit aussprachen, und vermöge derselben thaten. Nun liefsen diese zwar den Grundsatz, dass Gesetze keine rückwirkende Kraft haben können, als Regel bestehen. »Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis non ad facta praeterita revocari:« heifst es in l. 7. C. de LL. (1. 14.) und noch nachdrücklicher in l. 65. in f. C. de decurionibus (10. 31.): »cum conveniat leges futuris regulas imponere non praeteritis calumnias excitare. Allein in dem ersteren Gesetze wird die Ausnahme gemacht: »nisi nominatim et de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit«, und diese liefsen sie manchmal zur Anwendung kommen [2]); jedoch ge-

1) Dieser Aufsatz war bereits geschrieben, als dem Verfasser die den Gegenstand ausführlicher behandelnde Schrift seines geschätzten Freundes, des Herrn Gustav von Struve über das positive Rechtsgesetz rücksichtlich seiner Ausdehnung in der Zeit, Göttingen 1831, zu Gesichte kam, wovon er in den Grundsätzen nicht beträchtlich, mehr aber in der Ausführung abweicht, weshalb er hier mit abgedruckt worden ist.

2) l. un. §. 4. C. de contr. iud. (1. 53.) l. 21. in f. l. 22. §. 1. C. de ss. eccles. (1. 2.) l. 3. C. de pact. pign. (8.

wöhnlich mit der, wie es scheint auch schon in den obenangeführten Gesetzesworten: »et adhuc pendentibus negotiis« liegenden, Beschränkung, dass die ausnahmsweise verordnete rückwürkende Kraft sich auf Sachen, welche durch Vergleich, Urtheil u. s. w. beendigt wären, nicht erstrecken sollte [3]), was nicht von einem rechtskräftigen Urtheile allein, sondern von jedem Urtheile verstanden werden muss [4]).

Ferner vindicirten sich die Römischen Imperatoren die Auslegung der Gesetze: Eine »inter aequitatem iusque interpositam interpretationem legt in l. 1. C. de LL. (1. 14.) Constantin sich ausschliefslich bei. Auch Valentinian und Martian glauben in l. 9. C. eod. die Auslegung der Gesetze gebühre ihnen, besonders auch, um dadurch eine etwaige Härte der Gesetze zu mildern, und Justinian findet es in l. 12. §. 1. eod. ganz lächerlich, dass man daran gezweifelt habe. Er formirt den sonderbaren Schluss, weil er allein befugt und im Stande sei, Gesetze zu geben; so sei er auch allein befugt und im Stande, Gesetze auszulegen, welchen er in Nov. 143. pr. wiederholt

---

35.) l. 21. C. ad SC. Vellei. (4. 29.) l. 2. §. 23. l. 3. §. 23. C. de vetere iure enucl. (1. 17.) l. 51. C. de episcop. et cleric. (1. 3.) l. 17. C. de fide instrum. (4. 21.) Nov. 12. c. 3. Nov. 19. Nov. 48. c. 1. Nov. 84. Nov. 101. c. 4. Nov. 111. c. 1. Nov. 115. epilog. Nov. 117. epilog. Nov. 119. c. 11.

3) Die allegirten Gesetze mit Ausnahme von l. 3. C. de pact. pignor. (8. 35.) Nov. 12. c. 3. und l. 1. §. 12. D. ad SC. Tertull. (38. 17.) l. 229. 230. D. de V. S. l. 15. §. 5. C. de legitimis heredibus (6. 57.).

4) Nov. 115. c. 1.

und dabei bemerkt, es zweifle nunmehr Niemand mehr daran, dass dem Imperator die Gesetzauslegung allein zukomme [5]). Wenn also die Römischen Kaiser sich auch dieses Recht zuschrieben; so konnten sie, zumal als unumschränkte Herrscher, keinem Unterthanen erlauben, sie darin zu beeinträchtigen und es besser machen zu wollen, als sie. Ihre Auslegung musste daher die einzig richtige sein und bleiben und das Gesetz nach derselben in allen Fällen zur Anwendung kommen, mochten sie sich vor oder nach der Auslegung ereignet haben. Justinian bestimmt diesem völlig gemäfs in l. 12. pr. C. de LL. (1. 14.), was er erkannte solle nicht allein in der entschiedenen Sache, sondern in allen ähnlichen Rechtens sein. »Quid enim maius, quid sanctius imperiali est maiestate? vel quis tantae superbiae fastidio tumidus est, ut regalem sensum contemnat?« Seine Auslegung soll als unzweifelhaft richtig angenommen werden. »Quis legum aenigmata solvere et omnibus aperire idoneus esse videbitur nisi is, cui soli legislatorem esse concessum est?« (§. 1. eod.). In der Nov. 19. pr. c. finem spricht er in den Worten: »cum omnibus manifestum sit, oportere ea, quae adiecta sunt per interpretationem, in illis valere, in quibus interpretatis legibus sit locus« den obigen Grundsatz aus, den er auf die Nov. 143. noch besonders anwendet, indem er in deren prooem. am Ende sagt: »quam interpretationem non in futuris tantummodo casibus, verum in praeteritis etiam valere sancimus, tanquam si nostra lex ab ini-

---

5) s. auch l. 2. §. 21. C. de vet. iur. enucl. (1. 17.)

tio cum interpretatione tali a nobis promulgata fuisset.

Kommt es daher, wie nach Römischem Rechte, dem Gesetzgeber oder überhaupt dem Regenten zu, die Gesetze auszulegen; so muss auch der Unterthan eine solche Auslegung von dem Tage an datiren, seit welchem das ausgelegte Gesetz gegolten hat. Nur dadurch wird der Wille des Regenten erfüllt [6]). Einer solchen Interpretation gebührt sonach die rückwürkende Kraft ohne Beschränkung. Überall, wo das ausgelegte Gesetz angewendet wird, muss es nach dem Sinne der Auslegung geschehen [7]). Einige Rechtslehrer [8]) wenden zwar dagegen ein, die authentische Auslegung eines Gesetzes müsse dem Sinne desselben gemäfs sein. Sonst sei sie keine Auslegung, sondern ein neues Gesetz und könne sonach auf das Vergangene nicht bezogen werden. Aber zu geschweigen, dass eine schlechte Gesetzauslegung allerdings auch eine Auslegung ist, indem sie dasjenige, was der Ausleger als Vorschrift eines Gesetzes betrachtet, bestimmt angiebt [9]); so wollte Justinian nach Obigem, dass seine Gesetzauslegung durchaus als richtig angenommen werde, konnte also keinem Unterthanen verstatten, sie zu kritisiren. Dadurch würde sich derselbe, insonderheit der Rich-

---

6) Bergmann d. Verbot der rückw. Kraft neuer Gesetze. §. 10. p. 61.

7) Wening-Ingenheim Lehrb. d. gem. Civ.-R. (A. 3.) §. 11.

8) Eichmanns Erkl. d. bürg. R. Th. 1. §. 32. 33. p. 107. Struben v. Regierungs- u. Justizsachen. §. 27. Eckhardi hermeneutica iur. (ed. Walch.) L. 1. §. 37. L. 2. §. 95. not. x. Glück I. (A. 2.) §. 32. p. 267.

9) Thibauts S. d. P. R. (A. 5.) §. 42.

ter, über den Gesetzgeber erheben, wenn diesem würklich die Befugniss zusteht, Gesetze zu erklären. In letzterem Falle scheint es auch vergeblich, wenn man dem Richter eine solche Befugniss deshalb einräumen wollte, weil er doch untersuchen müsse, ob eine vorhandene Norm würklich ein Gesetz sei, das jetzt zur Anwendung gebracht werden müsste, wenn gleich er sich über die Zweckmäfsigkeit eines Gesetzes und die Übereinstimmung seines Inhalts mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen kein Urtheil anmafsen dürfe [10]). Denn liegt es in der Sphäre des Gesetzgebers, authentisch zu interpretiren; so ist ja seine authentische Interpretation ein Gesetz, das nach seinem Willen angewandt werden muss, und wer untersucht, ob sie mit richtigen Auslegungsregeln übereinstimme, prüft gewiss die Zweckmäfsigkeit eines Gesetzes. Der Satz: die authentische Interpretation gilt nur, sofern sie mit richtigen Auslegungsregeln übereinstimmt, besagt übrigens mit andern Worten, dass sie gar nicht gilt (so wie etwa die noch immer vorkommende Regel, die Authentiken gelten, insofern sie mit ihrer Quelle übereinstimmen, bedeutet, dass sie gar nicht gelten), indem dann die richtigen Auslegungsregeln allein gelten, und man von der Auslegung des Gesetzgebers gar keine Notiz zu nehmen braucht.

Andere Rechtslehrer wollen die authentische Interpretation dann beseitigt wissen, wenn sie erworbene Rechte verletzt [11]), und diese Meinung ist inso-

10) Pfeiffers pract. Ausführungen. B. 2. p. 385.

11) Reinh. ad Christ. Vol. 1. obs. 49. Summ. 3. Struben a. a. O. §. 8. not. c. §. 27.)

weit richtiger, als die vorige, dass sie doch für Jemand nützliche und Niemandem schadende, wenn gleich unrichtige authentische Auslegungen gelten lässt. Es ist aber sichtlich, dass hiervon nicht die Rede sein könne, da die jedesmalige Gesetzerklärung ein für allemal als richtig angenommen werden soll, dann aber Niemandes Recht beeinträchtigen kann. Bei Gesetzen mit rückwürkender Clausel und authentischen Interpretationen den Richter über den Gesetzgeber zu setzen, konnte dem Römischen Legislator schwerlich in den Sinn kommen, ist auch nach allgemeinen Grundsätzen unzulässig. Die Richter im Römischen Staate holten häufig bei den Impératoren Belehrungen über den Sinn der Gesetze ein [12]) und sollten dies thun, wenn sie den Sinn der Gesetze zweifelhaft fänden [13]). Diese Vorschrift modificiren verschiedene Rechtslehrer dergestalt, dass der Richter nur dann den Gesetzgeber um Auslegung eines Gesetzes bitten dürfe, wenn letzteres doctrinel gar nicht zu erklären sei [14]). Allein wenn, wie Glück a. a. O. sagt, ein Gesetz so beschaffen ist, dass dessen Sinn sich schlechterdings nicht nach vernünftigen Regeln der Auslegung mit Gewissheit bestimmen lässt; so hat es gar keinen Sinn, und ein solcher kann sonach auch vom Gesetzgeber nicht angegeben werden. »Oratio enim prorsus obscura id est inepta non pertinet ad hermeneuticam« [15]). Es müsste hier

---

12) l. 12. §. 1. C. de LL. (1. 14.)

13) l. 2. §. 21. C. de vet. iur. enucl. (1. 17.) Nov. 113. c. 1. pr. am Ende.

14) Glück I. §. 32. p. 216. Eichmann a. a. O. I. §. 32. 33. p. 106. 107. Eckhard L. 1. §. 38. L. 2. §. 88.

15) Eckhard l. c. L. 1. C. 29. not.

also wohl dieselbe Würkung eintreten, wie nach l. 2. D. de his, quae pro non script. (34. 8.) rücksichtlich der Testamente. Einen noch sonderbareren Widerspruch lassen dieselben Rechtslehrer sich darin zu Schulden kommen, dass der Richter die authentische Interpretation eines Gesetzes, in welchem kein Sinn ist, nachsuchen soll, die er doch nach ihren oben erwähnten Grundsätzen als Auslegung gar nicht anerkennen könnte, weil sie dem Sinne eines Gesetzes nicht gemäfs sein kann, worin gar kein Sinn ist.

In unseren neueren Lehrbüchern des gemeinen Civilreehts findet man noch immer die Grundsätze des Römischen Rechts über einzelnen Gesetzen ausnahmsweise beigelegte rückwürkende Kraft und über authentische Interpretationen, meistens wie sie nach Obigem für richtig zu halten sein möchten, als heut zu Tage gültig angeführt [16]). Es ist aber würklich schwer, hiervon den Grund einzusehen. Denn es handelt sich hier doch gewiss von wechselseitigen vollkommenen Rechten des regierenden und des untergeordneten Subjects im Staate. Sonach gehört die Materie in das Staatsrecht [17]), in welchem Rechtstheile sie daher auch gewöhnlch abgehandelt wurde [18]). Das Römische Staatsrecht ist aber in Deutschland nie angenommen worden [19]), und die

---

16) Thibauts S. d. P. R. (A. 5.) §. 25. 42. Wening-Ingenheims Lehrb. d. gem. Civ.-R. §. 11. 18. Hofacker in princ. iur. civ. T. I. §. 85. Schweppe im Röm. Priv.-R. (A. 2.) §. 5.

17) Klübers öffentl. R. d. D. Bundes (A. 2.) §. 5.

18) Pütteri inst. iur. publ. Germ. (ed. 4.) §. 222. 301.

19) Klüber a. a. O. §. 72. Eckhard l. c. L. 2. §. 67. not. 1.

Römische Gesetzsammlung kann uns daher, wie Pfeiffer a. a. O. p. 391. bemerkt, da nicht zur Norm dienen, wo von den Attributen der höchsten Staatsgewalt und insonderheit von dem Verhältnisse der verschiedenen Zweige der Staatsregierung die Rede ist, also auch hier nicht, wo es lediglich darauf ankommt, die rechtliche Grenze zu fixiren, an welcher die Function des Gesetzgebers endet und die des Richters beginnt. Der Römische Despot vereinigte alle Gewalten in sich und gab unter andern nicht allein Gesetze: sondern richtete auch, sogar, wenn es ihm gefiel, mit Übergehung der ordentlichen Gerichte [20]), und wenn gleich er hierbei die berühmtesten in seinem Auditorio versammelten Rechtsgelehrten zu Rathe zog [21]); so hing doch Alles von seinem Willen ab. In unseren gegenwärtigen civilisirten Staaten sind dagegen häufig die verschiedenen höchsten Gewalten geschieden und wenigstens ist doch die Unabhängigkeit der Justiz in thesi anerkannt [22]), mag sie auch in hypothesi häufig verkannt werden, was auch in gegenwärtiger Materie eingetreten zu sein scheint.

Um an ihren Gütern keinen Schaden zu leiden, müssen die einzelnen Staatsbürger sich von den Gesetzen und deren Sinn unterrichten und die Anwendung derselben auf ihre Rechtsverhältnisse in Voraus so machen, wie sie der Staat vermöge seiner

---

Webers Versuche über d. Civ.-R. I. §. 2. p. 14. §. 16. p. 53.

20) Webers Beitr. z. Lehre von Klagen u. Einr. St. 2. 3. p. 65 f. Nov. 113. c. 1. pr.

21) Glück XXXI. p. 241 f.

22) Pfeiffer a. a. O. I. 215. 216. II. 386.

Justizgewalt machen wird, wenn solche dieserhalb in Thätigkeit kommt. Schon wegen der verwickelten Verhältnisse in Staaten, welche auf einem höheren Grade der Cultur stehen, noch mehr aber, wenn die Gesetzverfassung schlecht oder gleichsam durch Zufall entstanden ist, weil die Staatsgewalt sich schlechter Hülfe dabei bediente, oder vielleicht Jahrhunderte lang gar nicht darum bekümmerte, werden die wenigsten Staatsbürger dies selbst können; sondern zu redlichen und dafür wissenschaftlich gebildeten Rathgebern ihre Zuflucht nehmen müssen. Soll indess dieses Bestreben nicht ganz umsonst sein und alle Rechtssicherheit aufhören; so wird dabei vorausgesetzt, dass der Staat ebenfalls die Anwendung durch redliche wissenschaftlich gebildete Richter demnächst machen lasse und sie daran in keine Weise hindere. Letzteres geschieht nun aber durch Gesetze mit rückwürkender Kraft und durch authentische Interpretationen. Denn da das Gesetz eine Vorschrift ist, welche unsern freien Handlungen zur Norm dient [23]), so sind jene gar keine Gesetze. Es involvirt einen völligen Widerspruch, dass man Normen befolgen sollte, welche noch gar nicht vorhanden waren, und die man nicht wissen konnte, als man handelte, nicht aber diejenigen, welche damals existirten, die man kannte und zu befolgen moralisch verbunden war. »His enim credentes et ita contrahentes nullus culpabit, quare non futurum sciverunt et hoc, quod videbatur quidem et tractabatur omnibus modis crediderunt, quod vero nondum factum erat, non formidaverunt«,

---

23) Glück I. 45.

Nov. 22. c. 1. Sie sind vielmehr Befehle an den Richter, auf die Rechtsverhältnisse der Bürger die Normen nicht anzuwenden, welche diesen vorgeschrieben waren, also kein Recht zu sprechen.

Nicht besser steht es um die authentischen Gesetzauslegungen. Das Richteramt hat zu seinem Hauptvorwurfe die Anwendung, mithin auch die Erklärung der Gesetze, um darnach die in der Vergangenheit beruhenden Rechtsverhältnisse gültig zu reguliren. Dabei ist es an gewisse Regeln gebunden, welche allgemein bekannt sind, und nach welchen daher die Bürger das Gesetz selbst auslegen, oder sich auslegen lassen können, um demselben gemäfs zu handeln. Der Gesetzgeber dagegen regulirt den Rechtszustand in der Zukunft, und ist dabei an keine Regeln gebunden, die für alle Bürger erkennbar wären. Sonach gehört jene Gesetzerklärung für den Richter [24]), nicht aber für den Gesetzgeber, und wenn der Regent sich derselben unterzieht; so befiehlt er dem Richter, das Gesetz in einem gewissen Sinne auf die Vergangenheit anzuwenden, oder wohl gar bei der interpretatio inter aequitatem iusque interposita des Constantin in l. 1. C. de LL. es gar nicht anzuwenden [25]), also nach seinem Willen zu entscheiden, was den Richter zu einer blofsen Maschine machen würde, und sonach alle Unabhängigkeit der Justiz aufhöbe.

---

24) Adplicatio enim legis nihil aliud est, nisi viva eiusdem interpretatio, qua facta cum legibus collata ad mentem illarum examinantur et vel iusta vel iniusta pronuncianturtur. Eckhard l. c. L. 2. §. 87.

25) Donell. in C. I. C. L. 1. c. 13. §. 13.

Nichts kann sonderbarer sein, als wenn man hier den Satz herbeizieht, dass Jeder der beste Ausleger seiner Worte sei [26]). Denn nicht zu gedenken, dass die Regenten gewöhnlich iurium ignari sind [27]), und dass nicht immer derjenige Regent, welcher das Gesetz gegeben hat, es auch erklärt oder der, dessen er sich dabei bediente; so setzt ja die Trennung der Gesetzgebung und Justiz gerade als nothwendig, dass der Gesetzgeber zur praktischen Auslegung der Gesetze ganz untauglich sei.

Da also Gesetze mit rückwürkender Kraft und authentische Gesetzauslegungen nichts anders sind als blofse Willensacte der Regierungsgewalt; so kommt es nur darauf an, ob sie Jemandem schaden oder nicht. Im letzten Falle, z. E. wenn ein Strafgesetz gelinde erklärt wird, muss sie der Richter respectiren, und darf sie z. E. deshalb nicht verwerfen, weil seines Erachtens richtige Auslegungsregeln etwas Anders erfordern. Es steht nämlich dem Regenten immerhin frei, willkürliche Anordnungen zu machen, wenn dadurch Niemandes erworbenes Recht gekränkt wird. Behauptet aber Jemand, letzteres sei in Ansehung seiner der Fall; so muss der Richter dies beurtheilen, und wenn er es findet, das Gesetz mit rückwürkender Kraft oder die authentische Interpretation unberücksichtigt lassen, und somit haben nach unseren gegenwärtigen Staatsverfassungen, welche den Richter autorisiren, sich unabhängig zu erhalten, die Handlungen nur nach den Gesetzen, welche ihnen vorgeschrieben waren, zu

---

26) Eckhard l. c. L. 2. §. 88.

27) Donell. l. c. L. 6. C. 6. §. 4.

beurtheilen, und letztere nach seiner Überzeugung auszulegen, die oben not. 11. allegirten Rechtslehrer vollkommen Recht. Die Vergangenheit, sofern gefragt wird, was für Rechte Einzelner darin entstanden sind und wie weit sie sich erstrecken, gehört ausschliefslich für den Richter, dessen Bestimmung es ist, diese Rechte gegen Jeden ohne Ausnahme zu schützen [28]), und der, wenn er sich dessen wegen obiger Willensacte weigert, eine Justizverweigerung verschuldet [29]). Wäre dies nicht; so würde für die Staatsbürger alle Sicherheit verschwinden. Was man heute gültig erworben hätte, würde einem morgen wider genommen werden. »Erit absurdum, ut quod factum est recte ex eo, quod tunc non erat factum, postea mutetur« Nov. 66. c. 3. §. 4. Was man heute erlaubter Weise that, dafür würde man morgen Strafe, vielleicht den Tod, leiden müssen [30]). Welcher Regent möchte sich eine Befugniss zuschreiben lassen, so Etwas zu bewürken? Gewiss unsere Deutschen Souveräne nicht, sobald ihnen die wahre Natur der Sache nicht weiter von den Rechtslehrern verschleiert wird, da keiner unter ihnen sein wird, der nicht die Unabhängigkeit der Justiz anerkannt hat, und nach der Deutschen Bundesverfassung anerkennen muss, welche will, dass den in ihrem Rechtszustande angeblich verletzen Staatsbürgern die Betretung des Rechtsweges vor den Landesgerichten weder direct noch indirect durch gesetzliche Verfügungen gehindert oder be-

---

28) Klüber a. a. O. §. 455. IV.

29) Klüber a. a. O. §. 148*e*. not. a.

30) vergl. Bergmann a. a. O. p. 246. not. 268.

nommen werde [31]), und ihnen wegen gehemmter oder verweigerter Rechtspflege die Beschwerdeführung beim Bundestage gestattet [32]). »Es ist der wahre Geist der Freiheit, sagt Bentham [33]), welcher dem Engländer soviel Abscheu einflöfst vor demjenigen, was man ein Gesetz nach der That (ex post facto lex) nennt.« Wenn neuere freisinnige Rechtslehrer obige Grundsätze auf Fälle zu beschränken scheinen, derenthalben schon ein würklicher Rechtsstreit erhoben war [34]); so ist dies sichtlich ein Versehen im Ausdruck; insonderheit wollte Klüber a. a. O. §. 282. not. f., wenn er die authentische Interpretation anwendbar erklärt auf alle später entstandenen Rechtsverhältnisse, sie gewiss bei allen früher entstandenen ausschliefsen, und nicht blofs bei schon entschiedenen Fällen, wie seine Worte besagen.

Selbst das Römische Recht hat die gröfste Ehrfurcht vor erworbenen Rechten [35]). Sogar der Römische Despot befahl den Richtern, sich an seine Rescripte nicht zu kehren, wenn sie dem Staatswohl oder erworbenen Rechten entgegen seien [36]).

---

31) Pfeiffer a. a. O. p. 398.

32) Klüber a. a. O. §. 158*a*. 166. 148*e*.

33) in d. Grundsätzen der Civil- und Criminalgesetzgebung, herausg. von E. Dumont, mit Anmerkungen v. Beneke. B. 1. p. 220.

34) Arch. für d. civ. Prax. VIII. p. 228. Klüber §. 148*e*. not. a.

35) l. 2. D. de his qui sui v. alien. iur. (2. 6.)

36) l. 3. 7. C. de precib. imp. offer. (1. 19.) l. 6. C. si contra ius v. utilitat. publ. (1. 22.) Wie viele Deutsche Richter möchten es wagen, dies zur Anwendung zu bringen!

Aber was konnte man an einer authentischen Gesetzauslegung auszusetzen haben, da der Regent zugleich Richter war? Und was die seltenen Gesetze mit rückwürkender Kraft betraf, welche noch seltener ein erworbenes Recht verletzten; so nahm man ohne Zweifel an, wie dies auch von Bergmann a. a. O. p. 135. geschieht, dass die höchste Gewalt, selbst nöthigenfalls ohne Entschädigung, die Rechte Einzelner kränken könne, wenn dies gröfsere Vortheile für das gemeine Beste, für einen grofsen Theil der Bürger verspreche, als das Gegentheil. Falls aber das Richteramt die Rechte der Einzelnen nur in soweit schützen kann, als eine andere Gewalt es nicht dem Ganzen für vortheilhafter hält, dass dies nicht geschehe; so kann überhaupt von keiner, viel weniger von unabhängiger, Justiz, von Sicherheit der Person und Güter der Staatsbürger die Rede sein. Mit Recht sagt daher Klüber a. a. O. §. 456. 457.: »Blofser staatswirthschaftlicher Vortheil, blofse Convenienz und Bequemlichkeit des Staats, das sogenannte Beste des Staats, der Staatsvortheil, das Staatsinteresse oder die sogenannte Beglückungsgewalt, oft nur eine Folge der politischen Erbsünde des Vielregierens, berechtigen auf keine Weise zur Entziehung von erworbenen Rechten, sondern diese ist nur dann erlaubt, wenn bei evidenter dringender Noth des Staats unvermeidliche Collision zwischen Gemeinwohl und Privatwohl eintritt; so dass die Verletzung der Rechte Einzelner absolute Bedingung der Erhaltung des Staats ist, folglich das eiserne Nothrecht der Selbsterhaltung sich aufdringt, und dann muss der leidende Theil, so weit es möglich ist, entschädigt werden.« Daher sind auch wohl

im Preufsischen Landrechte die Worte des Entwurfs: »Nur der Landesherr kann aus überwiegenden Gründen des gemeinen Besten ein neues Gesetz auch auf vergangene Fälle zurückerstrecken«, weggelassen worden [37]). Es bedarf übrigens kaum der Bemerkung, dass dieser Nothstand, der aber zu den unerhörten Ereignissen gehört, so wie von allen Rechtsgrundsätzen, so auch von den in dieser Abhandlung vorgetragenen, eine Ausnahme begründet.

Nur wegen des Verhältnisses des Richters könnte man noch die Frage aufwerfen, was dieser denn anfangen solle, wenn er den Sinn eines Gesetzes nicht auffinden könne. Man spricht ja von Gesetzen, welche so dunkel sind, dass sie einer authentischen Interpretation bedürfen [38]), und von dem Falle, wenn der Richter für sich keine entscheidende Überzeugung von dem Sinne des Gesetzes gewinnt [39]). Davon kann aber nicht die Rede sein. Denn praktisch darf nicht zugegeben werden, die gesetzgebende Gewalt habe so geredet, dass sie nicht zu verstehen sei, und daher muss der Richter sie immer verstehen können, es sei denn, dass ihm die zur Auslegung erforderlichen Kenntnisse und Geschicklichkeiten mangeln, was wieder nicht vorausgesetzt werden darf, da der Staat ihn zum Richter bestellt hat. Dieserhalb verordnet der Code Napoleon a. 4. ganz richtig: »Der Richter, der unter dem Vorwande, dass das Gesetz dunkel sei, ein Urtheil zu sprechen weigert, kann als der versagten Justiz schuldig gericht-

---

37) vergl. Bergmann a. a. O. p. 230.

38) Pfeiffer a. a. O. p. 393.

39) Wening-Ingenheims Lehrb. d. gem. C.-R. (A. 3.) §. 11.

lich verfolgt werden.« Privatim ist allerdings der Fall als möglich zu denken, dass ein Gesetz gar keiner Auslegung fähig, also ohne Sinn wäre. Indess kann ja auch keine Macht einen Sinn auffinden und angeben, wo gar keiner vorhanden ist, und so wäre ein solches Gesetz als ein leeres Blatt zu betrachten.

Einiges Bedenken möchte es übrigens noch beim ersten Anblick erregen, dass in einigen Deutschen Reichsgesetzen in Folge der aus dem Römischen Rechte hergeflossenen Ideen von authentischen Interpretationen die Rede ist. Im Osnabrückschen Friedensinstrument Art. 8. §. 2. ist den Reichsständen das Stimmrecht auf Reichstagen besonders auch dann zugesichert, wenn Gesetze auszulegen seien, und in der Wahlcapitulation Carl VI. und der folgenden Kaiser Art. 2. §. 5. wird wiederholt, dass die Auslegung der Reichssatzungen nicht vom Kaiser allein, sondern auf dem Reichstage geschehen solle. Dem Reichscammergericht ist in obigem Friedensinstrument Art. 5. §. 55. vergeschrieben, dass Zweifel über den Sinn der Reichssatzungen an den Reichstag gebracht werden sollen.

Dagegen ist aber zu erwägen, dass diese Normen, als zum vormaligen Reichsstaatsrechte gehörig, keine Anwendung mehr leiden, wie sie denn auch aus Zeiten herrühren, in welchen man in Deutschland von der Unabhängigkeit der Justiz noch keinen gehörigen Begriff hatte. Man denke z. E. nur daran, dass das Erkenntniss über die Entscheidung des Richters, nämlich des Reichscammergerichts, vermittelst eines ganz unförmlichen Rechtsmittels, des sogenannten Recurses, an den Gesetzgeber, nämlich die

Reichsversammlung, gebracht werden konnte [40]), und dass der Reichshofrath dem Kaiser in wichtigen Rechtssachen, oder wenn er es sonst verlangte, nur sein Gutachten gab, und dieser dann selbst entschied, wie es ihm beliebte [41]), der ewigen Klagen über Cabinetsjustiz, wovon Deutschland wiederhallte, nicht zu gedenken.

Es versteht sich übrigens von selbst, dass der Gesetzgeber der Unabhängigkeit der Justiz unbeschadet verordnen könne, es solle ein schon bestehendes Gesetz auf künftige Rechtsverhältnisse in einem gewissen bestimmten Sinn angewendet werden. Indess möchte es der Klugheit gemäfs sein, dabei den Richtern ausdrücklich einzuschärfen, dass sie wegen vergangener Fälle lediglich ihrer eigenen Überzeugung von dem Sinne des Gesetzes folgen sollten. Ohne diese Vorsicht möchte es nur zu leicht, wie von den Römischen Rechtsgelehrten heifsen, »ista sententia statim placebat omnibus, quam princeps amplexus erat [42]).

Will man nun auch alle vorgetragenen Grundsätze verwerfen, und es bei der gängigen Theorie von Gesetzen mit rückwürkender Clausel und authentischen Auslegungen lassen; so darf man solche doch nicht auf Privatverhältnisse anwenden, in welchen auch der Regent sich befinden kann. In diesen ist

---

40) Tafingeri instit. iurispr. cameral. (ed. 2.) §. 1068 f.

41) Pütteri N. Epitome Proc. Imp. (ed. 4.) §. 286. 287. Vermuthungen darüber, wie es dabei manchmal zugegangen sei, finden sich bei Pütter in d. histor. Entwickel. d. h. Staatsv. d. D. R. (A. 2.) Th. 2. p. 115. 116. Th. 3. p. 217. 218.

42) Eckhard l. c. p. 305. 306.

er den Gesetzen [43]), und in Deutschland, wie in allen civilisirten Staaten [44]), den Gerichten unterworfen. Der Fiscus, als Stellvertreter des Staatsoberhaupts in dieser Rücksicht, ist in privatrechtlichen Verhältnissen wegen seiner dinglichen oder persönlichen Privatrechte nicht anders zu betrachten, wie jeder Privatmann. Sonst könnte die bürgerliche Sicherheit und der Staatscredit gar nicht bestehen [45]). So wie nun kein Privatmann seinem Richter vorschreiben kann, dass er in seinen Rechtsverhältnissen die Vergangenheit nicht nach den für sie gegebenen Gesetzen, sondern nach einer jetzt von ihm, dem Interessenten, ertheilten Norm beurtheilen, auch die Gesetze nicht nach seiner Überzeugung, sondern nach der Vorschrift, die er als Partei ihm giebt, auslegen solle; so kann dies auch der Regent in seinen Privatverhältnissen nicht. Doch möchte es in Deutschland nicht an selbst gedruckten Rechtsfällen fehlen, worin die Richter dies nicht beachteten, z. E. den Beklagten zur Rückzahlung von Anleihen an den Fiscus condemnirten, weil der Regent dessen Einrede schon durch ein nachheriges Gesetz verworfen habe und in seinen Privatrechtsverhältnissen dem Richter dergestalt unterworfen sei, dass er darin, so bald es ihm gefalle, sich selbst Recht sprechen könne, wenn er dem Ausspruche nur den Namen eines Gesetzes gebe, und ihn öffentlich bekannt machen lasse.

---

43) Thibaut im S. d. P.-R. (A. 5.) §. 27.

44) Le droit de gens par de Vattel. L. 1. §. 164. L. 2. §. 213.

45) Weiler üb. Verwaltung u. Justiz. (A. 2.) §. 14. 25.

Im Oldenburgischen kamen Gesetze mit rückwürkender Kraft und authentische Interpretationen ziemlich häufig vor. Man vergleiche unter andern wegen der ersteren Gesetzsammlung II. 3. p. 156. f. III. 3. p. 38. IV. 1. p. 42. 43. V. p. 240—244. 245. 414—418. VI. p. 30. f. p. 32. Deren rückwürkende Kraft wird manchmal sogar auf bereits, aber noch nicht rechtskräftig, entschiedene Sachen erstreckt, z. E. Gesetzsammlung II. 3. p. 159. 160. V. p. 244. VI. p. 32. Authentische Interpretationen finden sich unter andern Gesetzsammlung II. 4. p. 178. 179. 179. 180. IV. 1. p. 43. 74. V. p. 71. 72. 238. 258. Manche Richter hielten es nicht allein für unbedenklich, sondern auch für das Sicherste, einen bei Entscheidung eines Rechtsstreits sich etwa ergebenden Anstand dadurch zu beseitigen, dass man sich ans Cabinet wende, welches im Stande sei, durch Ausfüllung einer Lücke in der Gesetzgebung und durch authentische Interpretation zu helfen. Hatte ein Obergericht, reformatorisch erkennend, ein Gesetz anders ausgelegt, als das Untergericht; so wandte sich wohl letzteres an das Cabinet mit der Bitte um eine authentische Interpretation, welche denn auch nach geschehener Vernehmung des Obergerichts mit der Vertheidigung seiner Auslegung erfolgte. Dies Alles mag dazu beigetragen haben, die Bedenken gegen Gesetze mit rückwürkender Kraft nicht aufkommen zu lassen. Beweggründe für die Rückwürkung werden selten angegeben, und man ist manchmal verlegen, wie man einen andern finden soll, als dass die Richter mit weniger Processen belästigt werden. So 1828 Aug. $^{25}/_{30}$ bei Abschaffung der Lex Anastasiana mit rückwürkender Kraft auf

alle älteren Cessionen, über die noch nicht rechtskräftig entschieden war [46]), wodurch also dasjenige, was ihnen gesetzlich erworben war, den Schuldnern genommen und den Cessionarien geschenkt wurde [47]). Da es sich übrigens gerade traf, dass man dem Fiscus als Cessionar in einem in erster Instanz hängigen am 10ten März 1828 für beschlossen genommenen Rechtsstreite die exceptio legis Anastasianae opponirt hatte; so wurde durch Urtheil vom 1ten October 1828 ebenfalls die obige, unterdessen festgesetzte rückwürkende Kraft auf solche Einrede angewendet und sie dem gemäfs verworfen. In gleichem Sinne entstand 1830 und 1831 folgendes Präjudiz, welches diese Abhandlung, als zu deren Gegenstande gehörig, beschliefsen mag.

Nach einer Oldenburgischen Verordnung vom 19ten März 1825 [48]) §. 5. sollten zu den durch Beschädigungen an den Deichen (Dämmen gegen die See), welche die Wasserfluth vom Febr. desselben Jahrs verursacht hatte, erforderlich gewordenen Deicharbeiten auch die deichfreien Ländereien in der Herrschaft Jever gezogen werden, und §. 6. derselben Verordnung hiefs es: »Für diejenigen Ländereien, welche in vorigen Zeiten in Erbpacht ausgegeben sind, hat nicht der Verpächter, sondern der Erbpächser ohne Regress gegen jenen diese Beihülfe zu leisten.» In Gefolge dieser Verordnung wurde zu solcher Beihülfe auch der Besitzer eines Landguts in der Herrschaft Jever angehalten, wel-

---

46) Gesetzsamml. VI. p. 30 — 32.
47) Thibaut im S. d. P.-R. §. 80.
48) Gesetzsammlung V. p. 179 f.

ches 1712 der Landesherr in Erbpacht gegeben und dabei versprochen hatte, dass der jedesmalige Erbpächter von allen und jeden Auf- und Anlagen, unter andern von Deichanlagen und Diensten gänzlich befreiet sein, und dazu auf keinerlei Weise angehalten werden solle. Er glaubte, dass ihn dieserhalb der Fiscus, als sein Erbverpächter, vermöge des Versprechens in seinem Contracte entschädigen müsse, und wandte sich daher mit der vorschriftsmäfsigen vorherigen Supplik um Entschädigung wegen dieser getragenen Deichlasten an das Cabinet, welches aber die Sache in den Weg Rechtens verwies [49]). Seine Entschädigungsklage gegen die Cammer gründete er auf den Erbpachtcontract, allein Beklagtin setzte derselben den obigen §. 6. der Verordnung entgegen, wornach sie einem klaren Gesetze zuwider sei, und daher sofort verworfen werden müsse. Kläger replicirte zwar, diese Verordnung sei von dem Falle nicht zu verstehen, wenn der Erbverpächter Freiheit von Deichlasten zugesichert habe, wofür er dann ja auch die Gegenleistung mit erhalte, indem jedes Gesetz vor allen Dingen so erklärt werden müsse, dass es erworbene Rechte nicht verletze, und wenn sie davon zu verstehen wäre; so würde sie für den Fall nicht gelten, wenn der Regent selbst als Erbverpächter diese Zusicherung ertheilt hätte. Denn dann sei er in diesen Privatverhältnissen, wie jeder Privatmann, den Gerichten unterworfen, wel-

---

49) Man kann nämlich im Oldenburgischen vermöge eines, jedoch nicht gehörig publicirten, Cabinetsrescripts vom 8. Nov. 1816 den Fiscus nur belangen, wenn man die Erlaubniss dazu vom Cabinet erhalten hat. Staatskalender v. 1828. p. 140. not. y.

che letztere daher keine andere Qualität, die ihn im Gegentheil über sie und die Gesetze erhebe, in ihm anerkennen könnten.

Dennoch wurde Kläger in drei Instanzen abgewiesen, weil man annahm, dass der Regent in jenem §. 6. sich auch gegen die Ansprüche seiner eigenen Erbpächter habe sicher stellen wollen, und dafür hielte, der öffentlich erklärte Wille desselben, es solle daraus keine Klage wider ihn angestellt werden können, sei von den Gerichten als ein Gesetz zu befolgen, dessen Gerechtigkeit sie nicht zu untersuchen hätten, und dem der andere Contrahent, als Gegenpartei, sich unterwerfen müsse.

XIII.

Über das sogenannte Deutsche gemeine Recht und dessen Einfluss auf die Justiz.

Gesetze können und sollen bestimmt und klar sein [1]). Denn es soll Jedermann sie wissen [2]), weil sie Vorschriften für unsere freien Handlungen sind [3]), was sie nicht anders sein können. Schon die Proculejaner hielten es für eins, ob gar keine oder ungewisse Gesetze vorhanden seien [4]).

---

1) l. 2. D. d. I. e. F. I. (22. 6.) Nov. 107. c. 1.
2) l. 12. C. d. I. e. F. I. (1. 18.) l. 9. C. de LL. (1. 14.)
3) Glück I. 42.
4) Eckhard in Herm. Iur. (ed. Walch.) L. I. §. 157. not.

Hiernach erscheint die Idee eines Gesetzbuchs ohne Text ganz ungeheuer, und doch ist sie die unserer Deutschen Rechtsgelehrten [5]). Das Römische Recht ist in zahllosen, unendlich viele Varianten enthaltenden, Handschriften vorhanden, die theils noch unentdeckt oder wieder verloren gegangen, alle aber den Unterthanen und Richtern in der Regel unzugänglich sind. Dennoch sollen sie die besten Lesarten aus allen diesen Manuscripten aussuchen. Sie müssten daher 1) alle aufgefundenen Handschriften kennen und ihre Existenz gerichtlich beweisen können, welches ganz unmöglich ist. Was Schriftsteller darüber aufsergerichtlich und ohne Eid anführen, verdient natürlich keinen rechtlichen Glauben, wenn auch falsche Angaben nicht schon vorgekommen wären. Zudem haben alle Schriftsteller zusammengenommen (gewiss eine sehr grofse Zahl, deren Schriften man durchlesen müsste) noch nicht von allen Handschriften, die bereits aufgefunden sind, und ihren Lesarten die gehörige Nachricht gegeben. 2) Müsste man beweisen, dass keine mehreren Handschriften existiren und aufgefunden werden könnten, ebenfalls eine Unmöglichkeit. 3) Jedermann müsste die umfassenden Kenntnisse besitzen, welche nöthig sind, um die Handschriften zu benutzen, und über den Werth derselben, so wie der Varianten zu urtheilen, und doch käme es 4) darauf an, ob der künftige Richter damit übereinstimmte, welcher am Ende die Lesart, wornach er in dem einzelnen Falle

---

5) Thibauts civ. Abhandl. p. 428 f. Versuche (A. 2.) I. Nr. 16. p. 286 f. P.-R. (A. 5.) §. 52. Feuerbachs civ. Vers. I. p. 94 f.

richten wollte, meistens nach individuellem Gefühle wählte, also das Gesetz erst gäbe, sonach Richter und Gesetzgeber zugleich wäre. Vor der Wahl der Lesart muss sich überdies Jeder die Manuscripte, die er beachten soll, noch erst schaffen, indem er die Trennung der in *einem* Contexte geschriebenen Worte und die Interpunction anordnet, Aspirationen hinzusetzt, Geminationen beachtet, Abkürzungen erklärt u. s. w. Dass sich aber z. E. durch eine verschiedene Interpunction manchmal ein gerade entgegengesetzter Sinn herausbringen lässt, ist bekannt genug. Setzt nun der Richter ein Komma u. s. w. anders, als die Partei, wie sie handelte, oder unterscheidet die Worte anders u. s. w.; so ist letztere um ihr Recht. Dies alles ist freilich unerträglich. Aber was will man erst davon sagen, dass sich Jeder durch die Kritik einen nirgends anzutreffenden Gesetzes-Text schaffen kann? Setzt der Richter nun ein »non« hinzu, wo es nicht zu finden war; so wird die Handlung unerlaubt oder ungültig, welche die Partei gesetzmäfsig vorzunehmen glaubte u. s. w. Zwar bestimmen einige Rechtsgelehrte hier dem Richter engere, andere weitere Grenzen [6]). Doch ist dies ohne Nutzen, weil die Doctrin den Richter nicht bindet, gesetzliche Vorschrift aber fehlt, sonach ihn nichts hindert, an Kühnheit der Emendationen alle bisherigen Kritiker zu übertreffen. Der Unterthan muss sich endlich darüber entscheiden, ob er nur die glossirten Stellen des Corpus Iuris für gültig halten will, oder auch die übrigen,

---

6) Thibauts Vers. (A. 2.) I. N. 16. S. d. P.-R. (A. 5.) §. 52. Feuerbachs civ. Vers. I. N. 3.

welcher letzteren Meinung gleichfalls verschiedene Rechtslehrer sind [7]). Träfe er glücklicher Weise etwa in der ersteren Meinung mit seinem Richter zusammen; so käme es noch darauf an, ob letzterer sich vor den nicht glossirten Stellen gehörig hütete, was sogar vom Reichscammergerichte nicht immer geschehen ist, und selbst von Rechtslehrern unterlassen wurde [8]).

Dabei soll der Deutsche diese Thätigkeit an einem Gesetzbuche üben, welches in einer seiner Nation unbekannten, gänzlich veralteten Sprache geschrieben ist, um Vorschriften in ihm unverständlichen Worten zu erhalten. Die Latinität ist darin überdies zum Theil so schlecht, dass es Noth thäte, jeder Deutsche erlernte nicht allein gutes, sondern auch schlechtes Latein. Dennoch würden über den Sinn einzelner Worte Zweifel und weitläuftige Verhandlungen entstehen, ohne dass es gelänge, den, welchen die Römer damit verbanden, und die feinen Unterschiede, die sie zwischen dem einen und dem andern Worte machten, gehörig zu erforschen. Damit, dass man die Sprache kennte, würde indess noch wenig geholfen sein. Verstehen würde man das Gesetzbuch dennoch nicht. Denn bei dieser unordentlichen und flüchtigen Compilation von Bruchstücken aus den verschiedenartigsten juristischen Schriften und Verordnungen, (welche als solche schon schwer zu verstehen sein müssen, besonders da sie häufig nur die Anwendung einer Norm enthalten, aus welcher letztere selbst erst gefunden

---

7) Glück I. p. 374 f.

8) Webers Vers. N. 1. §. 14. p. 48.

werden muss, und bei der Vergleichung mit einander zu vielen Zweifeln die Veranlassung geben, nicht selten auch würkliche Widersprüche befassen), haben deren Sammler Ideen als aus der täglichen Erfahrung den Römern bekannt vorausgesetzt und deshalb übergangen, ohne welche sie daher häufig nicht verstanden werden können, die uns aber gänzlich fehlen, indem die Denkart der Römer und ihre Erfahrungen mit ihrem Rechte nicht auf uns übergegangen sind. Diese auf andere Weise allen Deutschen, welche die Römischen Gesetze befolgen sollen, verschaffen wollen, ist ein offenbar unmögliches Unternehmen. Selbst in Ansehung der kleinen Zahl fähiger Köpfe unter den Rechtsgelehrten ist es nicht einmal möglich. Denn wenn auch in seltenen Fällen die vielen gelehrten Kenntnisse vorhanden sind, welche der Gebrauch der sehr mannigfaltigen Hülfsmittel zur Ergründung des Sinnes erfordert; so sind doch die historischen Erklärungsquellen meistens zu dürftig und fehlen häufig ganz. Daher beständige Verschiedenheit der Meinungen, ewiger Streit, (und wo dieser ist bleiben Spitzfindigkeiten und Chicanen selten aus), auf gewagte Hypothesen gestützte verschiedenartige Systeme, deren eines immer das andere verdrängt u. s. w.

Ungeachtet nun der Ausgang aus diesem Labyrinthe bei der regsten Thätigkeit in vielen Jahrhunderten nicht gefunden wurde, so macht doch die historische Schule Hoffnung, dass derselbe in einigen folgenden Jahrhunderten noch aufgefunden werde, wenn die Deutschen nur die Geduld nicht verlieren und es sich nach der Weise, nicht zu sehen, was zunächst Noth thut, gefallen lassen, noch

so lange in diesen Irrgängen rechtlos herumzuirren, und sich unterdes tüchtig an die Arbeit machen, den Schutt und die Trümmer wegzuräumen, unter welchen ein Gebäude versteckt sein soll, welches man dann für ihre Nachkommen wohnlich einrichten zu können hofft. Die ganze Vergangenheit vor Justinians Compilation bis zu den ersten Anfängen der Römischen Gesetzgebung, worüber gegenwärtig noch Nacht liegt, hofft man, könne in solcher Zeit mit, selbst rechtsgeschichtliche Irrthümer Justinians berichtigender [9]), Sicherheit ans Licht gebracht werden, und werde jene Compilation dergestalt erhellen, dass über deren Verstand unter den Rechtsgelehrten ein ewiger Frieden herrsche. Bis zu solcher glücklichen Zeit muss durch diese Versuche der historischen Schule, welche es ohnedem selten weiter, als bis zur Wahrscheinlichkeit, bringen wird, die Rechtsunsicherheit natürlich noch vermehrt werden. Denn so oft wichtige Manuscripte oder Stücke davon entdeckt oder von Reisenden Inscriptionen, etwa in einer Ägyptischen Oase [10]), gefunden werden, entstehen neue Meinungen oder Systeme über einzelne Rechtsmaterien, welche manchmal diejenigen bisherigen Grundsätze, auf deren Stabilität man noch leidlich rechnen konnte, gleichfalls wankend machen. So scheint es z. E. in Gefolge aufgefundener Manuscripte fast, als ob man in den vielen Jahrhunderten der Existenz des Römischen Rechts in Deutschland noch nicht gehörig dahinter gekommen sei, in welcher

9) Arch. f. d. civ. Prax. IX. p. 18.
10) Ebendas. XI. p. 452 f.

Form die Römer ihre Privattestamente errichteten [11]), wohl der evidenteste Beweis von der grofsen Räthselhaftigkeit des Römischen Gesetzbuchs für Nichtrömer. Justinian verbot in l. 2. §. 19. C. de vet. iur. enucl. (1. 17.) Jedem, seine Gesetzsammlung von meistens Bruchstücken mit den alten Schriften der Rechtsgelehrten oder den Gesetzen selbst zu vergleichen und deren Verschiedenheit davon zu erörtern, oder aus diesen das Geringste in den Gerichten anzuführen oder zu deduciren bei Strafe sammt dem Richter, der dies angehört hätte, als falsarius bestraft zu werden. Ohne Zweifel befürchtete er nicht mit Unrecht, dass durch die sonst entstehenden verschiedenen Meinungen und Streitigkeiten, die von ihm bezweckte Rechtssicherheit sehr gefährdet würde. Wenn nun das ganze Römische Gesetzbuch in Zweifel für uns Gesetzeskraft hat, warum sollte diese Verordnung desselben für uns nicht gültig sein? Und wie könnte die historische Schule mit deren Gültigkeit bestehen? Im Übrigen ist freilich die Beschäftigung mit Philologie, Geschichte u. s. w. sehr angenehm, und Manchen, der Scharfsinn hat oder zu haben glaubt, mag es sehr ergötzen, ihn an den Räthseln des Römischen Gesetzbuchs zu üben. Blofs zu ihrem Vergnügen können aber wenig Menschen arbeiten. Hängt hingegen das Wohl oder Wehe Vieler von dieser Operation ab; so wird sie lucrativ. Die Idee, dass alles Recht historisch sei, eine geschichtliche Grundlage haben müsse, wird daher wie bei allen, welche von bestehenden Missbräuchen Vortheil ziehen,

---

11) Daselbst V. p. 144 f.

so auch in den Deutschen Ländern des gemeinen Rechts bei den meisten Rechtsgelehrten vielen Beifall finden, da die grofse Zahl derselben von dem Fortbestehen der jetzigen Gesetzverfassung reichlichen Unterhalt hat oder hofft.

Materiell vollkommen ist ein Gesetzbuch, wenn es weise und zweckmäfsig den Bedürfnissen der Unterthanen entspricht. Dass dies in Ansehung des Römischen Gesetzbuchs, rücksichtlich der Deutschen der Fall sei, hat noch wohl Niemand je zu behaupten gewagt. Nur etwa der funfzigste oder höchstens der zwanzigste Theil seiner Masse befasst gesetzliche Vorschriften. Das Übrige ist mit Definitionen, Eintheilungen, Gesetzgründen, Rechtsregeln, Urtheilssprüchen, Cautelen, Rechtsgeschichte, Theologie, Ethik, Bestimmungen des Sinns von Worten, welche wir nicht haben, u. s. w. angefüllt, woraus die eigentlichen Gesetze häufig nicht mit Sicherheit herauszufinden sind. Manches Gesetzliche, wobei in unseren Zeiten das öffentliche Wohl zu sehr leiden würde, ist wohl schon in allen Deutschen Ländern abgeschafft, worüber die Rechtsgelehrten sich noch immer die Köpfe zerbrechen, weitläuftig schreiben und hadern, z. E. das erbärmliche Römische Hypothekenwesen. Sodann enthält dies Gesetzbuch schon an sich, wie selbst Rechtsgelehrte einräumen, ein Schwanken zwischen Billigkeit und Strenge, Gerechtigkeit und Politik [12]) und ein wahrhaft grässliches Gemisch kluger und toller, consequenter und inconsequenter Bestimmungen [13]), war

---

12) Thibauts civil. Abhandl. p. 305 f.

13) Ebendas. p. 417.

für ein uns ganz unähnliches altes Volk in seinem Verfalle bestimmt, und kann sonach dem Deutschen Sinne nicht gemäfs sein. Um aber ein Gesetz aufrecht zu erhalten, muss man es lieben. Unsere Sitten sind häufig so verschieden, dass man sich lächerlich machen würde, wenn man jene Gesetze befolgen wollte. Wird dies gar zu arg; so kann der Unterthan das Gesetz unbefolgt lassen. Er muss also über die Gültigkeit des Gesetzes selbst entscheiden, ohne dass ihn dabei gesetzliche Vorschriften leiten. Die Meinungen der Rechtsgelehrten hierüber sind häufig unvollständig, zu wenig bestimmt und einander entgegengesetzt. Auch ist es manchmal schwer zu bestimmen, ob Römische gesetzliche Vorschriften aus Grundsätzen gefolgert waren, die unserer Verfassung oder unsern Sitten fremd sind, oder nicht, und den Grad der Vorsicht richtig zu treffen, welcher bei Anwendung des Römischen Rechts auf Deutsche Institute Statt haben soll, ist noch wohl schwieriger. Kurz man ist auch hier der Willkür des Richters Preis gegeben, welchen z. E. wenn ihm das Gesetz, das man befolgte, nicht ansteht, nichts hindert, es aus der Formularjurisprudenz der Römer u. s. w. herzuleiten und damit abzuthun.

Was vom Römischen Rechte gesagt wurde, wird grofsentheils auch auf das Canonische Recht passen. Ebenfalls eine Sammlung dunkler und übelgeordneter Bruchstücke, rührt es noch dazu aus den finstern Zeiten her, wo die päpstliche Gewalt auch in weltlichen Dingen regieren wollte. Wo es vom Römischen Rechte abweicht, beruht es meist auf Irrthümern der damaligen Ausleger dieses Rechts

und entbehrt aller Consequenz. Kurz es ist ein Ding, was Niemand mag, wie das Arch. f. d. civil. Prax. I. p. 81. sagt, was aber für die Deutschen, wie es scheint, noch gut genug sein soll. Selbst die Betrügereien des falschen Isidor will man von ihnen als Gesetze verehrt haben, und unter andern durch aus denselben gezogene Folgerungen, an welche der Betrüger gewiss nicht einmal dachte, die Römische Lehre vom Besitz reformiren [14]).

Rücksichtlich derjenigen Rechtsinstitute, auf welche das fremde Recht gar nicht oder wenigstens nicht ohne Weiteres anzuwenden ist, giebt es meistens in den Territorien nur mangelhafte gesetzliche Bestimmungen. Diese soll nun der Unterthan selbst sich durch Formirung eines Systems des gemeinen Deutschen Rechts ergänzen und zu dem Ende mit der ursprünglichen Beschaffenheit und den nachherigen Schicksalen dieser Rechtsinstitute sich bekannt machen. Um dies zu vermögen, muss er zuvörderst Deutsche Geschichte und Rechtsalterthümer, Geschichte der einzelnen Verhältnisse des bürgerlichen Lebens und der einzelnen Deutschen Länder, Lateinische und Deutsche Sprache des Mittelalters mit den einzelnen Deutschen Mundarten und verwandte Germanische Dialecte, Dänisch, Schwedisch, Englisch, Französisch, Holländisch u. s. w., besonders die ältere Sprache lernen. Sodann studire er

von den älteren Zeiten

die Volksrechte: Lex Salica, Ripuariorum, Alamannorum, Baiuvariorum, Burgundionum, Longobardorum, Frisionum, Saxonum, Anglorum et Werino-

---

14) v. Savigny v. Besitz (A. 1.) p. 450.

rum, Wisigothorum, die Capitularien der Fränkischen Könige, und wegen des ungeschriebenen Rechts: Geschichtschreiber, Urkunden und Formelsammlungen;

aus den mittleren Zeiten

die Weisthümer, Hof- und Dienstrechte, die Stadtrechte, vorzüglich die der Zähringschen Städte und von Soest, Magdeburg, Lübeck, Hamburg, Bremen, Augsburg, München, Wien, Cölln, Nürnberg, Worms, Frankfurt, den Sachsen- und Schwabenspiegel, das kleinere Kaiserrecht, die Glosse zum Sachsenspiegel, den Richtsteig des Landrechts, das Sächsische Weichbild, den vermehrten Sachsenspiegel, die Remissorien, das Rechtsbuch Ruprechts von Freisingen, das Östreichische Landrecht, das Bairische Rechtsbuch, das Rheingauische Landrecht;

aus den neueren Zeiten

die Formelbücher des 15. und 16. Jahrhunderts, Tenglers Laienspiegel und die vielen Particularrechte der einzelnen Deutschen Staaten, so wie die Rechtsquellen verwandter Germanischer Stämme, das ältere Norwegische und Isländische Recht, die Schwedischen Provincialrechte, weniger genau die Schwedischen Stadtrechte und das neuere Schwedische Landrecht, das ältere Dänische Recht, besonders das Seeländische Gesetz, das Jütische Low, auch in etwas das neuere Dänische Recht, vom Englischen Recht vorzüglich das common law und deshalb die älteren Gesetze, die Sächsischen Volksrechte, die zahlreichen Rechtsbücher für England, Schottland und Wales, die Französischen Coutumes und die neueren Gesetzbücher, sofern sie darauf gegründet sind und auf Institute in Deutschland Einfluss gehabt haben,

das Schweizerische Recht, die Rechtsquellen der Russischen Ostseeprovinzen, das Niederländische Recht u. s. w. [15]).

Durch diese herkulische Arbeit soll der Deutsche ein gemeines, subsidiarisch in den Territorien zu befolgendes Deutsches Recht erhalten können, über dessen Natur und Verbindungskraft die Rechtsgelehrten indess von der Entdeckung, dass es ein solches gebe, an bis jetzt wenig einig waren. Die für den Augenblick vielleicht beliebteste Idee dieserhalb ist, in jenen Quellen aus der alten Zeit und dem Mittelalter seien gemeinsame Deutsche Gewohnheiten anerkannt, welche noch in Betracht kämen, ungeachtet man mehrere Jahrhunderte lang von dem Deutschen Rechte fast nichts wusste [16]), keine Deutschen Gewohnheiten als auf strengen Beweis zuliefs und die Rechtsbücher als solche enthaltend und beweisend verwarf [17]). Diese sollen dann eine ursprünglich gleiche Natur der Institute, vermöge gleicher leitenden Principien in ganz Deutschland begründen, wovon die einzelnen, bei denselben vorkommenden, Bestimmungen abhangen, sofern nicht gleichfalls zu erforschende Veränderungen eintreten. Bei einem so weitschweifigen, schwer aufzufindenden, dunklen Material lassen sich natürlich recht viele Systeme machen. Bald wird das eine, bald ein anderes Mode sein. Der Unterthan kann aber nicht voraus wissen, welches System der künftige Richter sich formiren oder von den zur Zeit der Entschei-

---

15) S. d. neueren Lehrbücher d. Deutsch. Rechts.

16) Eichhorns Einl. in d. D. Priv.-R. (A. 1.) §. 42.

17) Ebendas. §. 14.

dung zu Tage gekommenen auswählen wird. Er kann auch einem Richter anheimfallen, welcher ein solches Deutsches Recht gar nicht statuirt [18]), und alsdann ist alle seine Mühe ganz vergeblich, problematisch aber, je nach der Zeit, die sein Process währt, wenn der Richter annimmt, dass von einem solchen Rechte wenigstens noch zur Zeit keine Rede sein könne, indem nach der historischen Schule die Vorarbeiten noch nicht einmal angefangen seien, wohin sie unter andern rechnet: Geschichten der einzelnen Deutschen Länder und der bedeutenden Deutschen Städte, aus Urkunden geschrieben und mit Urkunden belegt, Sammlungen der Particulargesetze, Weisthümer, Privilegien und Verträge bis in die ältesten Zeiten hinauf, Urkundensammlungen blofs für das Particularrecht, Erforschung des Niederländischen, Englischen und Nordischen Rechts [19]). Kommt indess nach einigen Jahrhunderten ein solches Deutsches Recht würklich zu Stande; so werden ja wahrscheinlich die meisten Institute desselben, welche man schon jetzt nicht mehr mag, längst vergessen sein, z. E. Adel, Leibeigenschaft, Nachsteuer und Abschoss, verminderte Rechtsfähigkeit der Juden, Ehrlosigkeit, Anrüchtigkeit, Näherrecht, getheiltes Eigenthum, Bannrechte, Hofdienste, Zehnten, Abgabenfreiheit, Missheurathen, Familienfideicommisse, Innungen und Zünfte u. s. w.

Die Schwierigkeit, aus so verschiedenartigen, fremden und einheimischen Rechten, wenn sie manchmal in denselben Gegenständen zusammentref-

---

18) Webers Vers. p. 6. 7.

19) Z.-S. f. gesch. R.-W. I. p. 135 f.

fen, ein Ganzes zu bilden, scheint fast nicht zu heben, und veranlasste deshalb unendliche Streitigkeiten. Hier soll aber der Deutsche eine unbekannte höhere Macht, die Praxis, zu Hülfe rufen, worunter man einen ausgedehnten Gerichtsbrauch versteht. Er soll die Fortbildung unseres Rechts aus so verschiedenartigen Elementen zu erforschen suchen, zu dem Ende vorzüglich die Schicksale des Römischen Rechts unter den Germanischen Stämmen kennen lernen und dann Hoffnung haben, ein durch den Gerichtsbrauch vieler Jahrhunderte gebildetes Ganze zu entdecken. Scheut er nun auch diese ungeheure Arbeit nicht, so wird es doch immer ungewiss bleiben, ob ein künftiger Richter wegen der Existenz, so wie der vorhandenen oder nicht vorhandenen Ausdehnung des Gerichtsbrauchs, weshalb kein Mafs gegeben ist, mit ihm übereinstimme. Denn die Praxis ist wie ein Rohr, das der Wind hin und her weht, und lässt sich bald so bald anders vernehmen. Behauptet ein angesehener juristischer Schriftsteller, dies oder jenes sei Praxis, so schreibt man es ihm ohne Weiteres nach. Ein anderer behauptet das Gegentheil und hat denn auch wieder seine Nachbeter. So werden Privatmeinungen der Rechtsgelehrten für Praxis ausgegeben. Endlich kann es leicht sein, dass der Richter gar sagt, der Schlendrian, die Absurditäten, Widersprüche und immer verderblichen Gesetzwidrigkeiten anderer Gerichte gehen mich nichts an. Wenn ich mich darnach richten sollte, was geschah, ungeachtet es nicht hätte geschehen sollen; so müsste ich häufig Recht in Unrecht, Wahrheit in Irrthum verwandeln.

Der Deutsche gemeine Process soll z. E. ein In-

stitut sein, worin Römisches, Canonisches und Deutsches Recht verschmolzen sind. Man kann daher an diesem Beispiele zeigen, was von dem Deutschen in Ansehung solcher Institute gefordert wird. Um seinen Process in Deutschland gehörig zu führen, muss er wissen, wie in jeder der obigen Quellen besonders die Principien und das Ineinandergreifen der einzelnen Handlungen beschaffen seien, und wie aus der Verbindung dieser Quellen der gemeine Process entstand. Das Römische Recht giebt nur dürftigen Aufschluss, weil man den Römischen Gerichtsbrauch nicht daraus lernt. Der Deutsche Processführer muss daher die Römische Geschichte und den Gajus, durch welchen schon Manches klar wurde, studiren und baldige weitere Aufklärung hoffen, welche er vielleicht bei der nicht seltenen langen Dauer Deutscher Processe noch benützen kann. Wegen des Canonischen Rechts ist er nicht besser daran. Hier muss er sich damit helfen, dass er den Process der Englischen geistlichen Gerichte studirt, worin sich die Procedur, wie sie schon im Mittelalter nach dem Canonischen Recht üblich war, zum Glück für uns Deutsche erhalten hat.

Sodann liegt ihm ob, zu ergründen, wie das Römische Recht im Mittelalter, theils im Canonischen Rechte verstanden, theils von den Schriftstellern, welche die Praxis der geistlichen Gerichte wissenschaftlich darstellten, meist nach Germanischen Ansichten aufgefasst wurde. Zu diesem Zwecke studire er die Schriften der Romanisten und Decretisten des Mittelalters in Italien, die Sammlungen der processualischen Gebräuche aus dem dreizehnten Jahrhundert in Sicilien, Frankreich und Spanien.

Um den Deutschen Process, als dritte Quelle, zu erforschen, mache er sich mit der ältesten Deutschen Procedur, sodann mit der Geschichte der Vehmgerichte und den Deutschen politischen und Gerichtsverhältnissen bekannt, so wie mit den Reichsgesetzen des 16. Jahrhunderts.

Nun an den Zusammenfluss der drei Quellen gelangt, lese er die Schriftsteller des 16. Jahrhunderts, welche den damaligen Process darstellen, die Sammlungen der kammergerichtlichen Rechtsfälle und die Schriften über Kammergerichtspraxis, die Particular- Ober- und Untergerichtsordnungen aus dem 16. Jahrhundert und die Italienischen Statuten aus dem 15. und 16. Jahrhundert. Doch muss er hierbei nicht stehen bleiben, sondern auch die Art kennen lernen, wie in andern Staaten das Römische Recht Eingang fand, und aus Germanischen Elementen sich das Civilverfahren ausgebildet hat. Des Endes studire er die Französischen Arretisten, um die Arrêts der Französischen Parlamente aus dem 15. und den folgenden Jahrhunderten kennen zu lernen, ingleichen die Werke über den Französischen Process, besonders über den älteren, über den Spanischen, den Portugiesischen, den Holländischen und Niederländischen, den Englischen und vorzüglich den Schottischen. Nun muss er endlich noch die Deutschen Particular-Processordnungen und Praxis der einzelnen Deutschen Länder, vorzüglich von Sachsen, Baiern, Östreich, Meklenburg, Churhessen, Hannover, Braunschweig und Grofsherzogthum Hessen zu Hülfe nehmen [20]). Wer uns geduldige Deutsche nicht kennt, und nicht

---

20) Arch. f. d. civ. Prax. XII. p. 372 f.

weifs, was man uns zumuthen kann, sobald davon die Rede ist, eine Sache mit möglichst vielen Umständen vom Eie anzufangen, hält solche Anforderungen freilich nicht für möglich. Auch würde man wohl in einem so mühsam zu Tage geförderten Processe nur einen lückenhaften Stoff für unendliche Controversen und verschiedenartige Systeme, also nichts weniger als Rechtssicherheit erhalten.

Dieser unsäglichen Mühe ungeachtet sollen indess dennoch in dem Rechtssystem Lücken bleiben. Denn die Gesetzgebung, meint man, könne nicht für alle künftigen Fälle Vorschriften geben [21]), wodurch freilich ausgesagt zu sein scheint, dass sie ein Unding sei, wie z. E. auch die Moral, wenn man ihr mit Recht so etwas nachsagen könnte. Man nimmt daher an, wenn dem Richter ein Fall zur Entscheidung vorgelegt werde, wofür kein Gesetz eine Vorschrift enthalte; so könne er, statt als Richter, als Gesetzgeber auftreten, und für diesen einzelnen Fall ein Gesetz mit rückwürkender Kraft geben, wenn es nur irgend einem vorhandenen Gesetze ähnlich sei. Und doch behauptet man in dem jetzigen Stande der Cultur, durch die Vereinigung der gesetzgebenden mit der richterlichen Gewalt werde die bürgerliche Freiheit in ihren Grundfesten untergraben, der Gesetzgeber dürfe nicht zugleich Richter sein, weil man befürchtet, dass er sich, statt als Richter, als Gesetzgeber betragen möchte. Wie kann es denn erlaubt sein, dass der Richter sich dagegen, statt als Richter, als Gesetzgeber betragen darf? Die Zulässigkeit dieser Operation soll darauf beruhen, dass ein anderes

---

21) l. 10 D. de LL. (1. 3.)

vom Gesetzgeber erlassenes Gesetz denselben Grund hat, wie das jetzt vom Richter gegebene. Man mag nun immerhin sagen, dass dieser Grund gewiss und dass er völlig gleich sein müsse; so ist doch damit wenig geholfen. Denn was dem Einen gewiss ist, ist dem Andern ungewiss, wo der Eine Gleichheit findet, findet der Andere sie gar nicht. Sicher werden die Rechtsgelehrten, welche häufig über klare Gesetze nicht einmal einig sind, sich am wenigsten über Ähnlichkeiten vereinigen können, zumal da die classischen Römischen Juristen nicht selten unrichtige Gründe angeben. Wie sehr oft versündigen sich nicht selbst die gröfsten Rechtsgelehrten an dem Gemeinspruch: »ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio:« sagt Glück XXIV. p. 290. Und doch will man den Unterthanen zumuthen, solche Ähnlichkeiten richtig zu treffen.

Ferner schreibt man dem Richter die Gewalt zu, ein bestehendes Gesetz in einzelnen Fällen aufzuheben. Die in dieser Rücksicht früher bestandene Regel: »cessante ratione legis cessat lex ipsa,« scheinen viele Rechtsgelehrte nicht mehr zu wollen. Freilich entstehen aus ihr gar arge Dinge, die ärgsten, wenn man das Gesetz aufhebt, weil in dem gerade vorliegenden speciellen Fall ausnahmsweise dessen Grund nicht zutrifft. Dennoch wenden nicht Wenige diese Regel noch immer an, selbst, als ob sie gar keinem Zweifel unterworfen wäre. Die Grundsätze, welche man ihr in neuerer Zeit substituirte [22]), sind übri-

---

22) Wening-Ingenheims Lehrb. d. Civ.-R. Betr. 1. §. 17. Thibauts Vers. I. p. 277. 278.

gens nicht sonderlich klar und lassen der Willkür wohl keinen viel geringeren Spielraum.

Deutlichkeit ist des Gesetzgebers Schuldigkeit, da zweideutige Gesetze ein Übel sind und ein anderes Übel, die Auslegung, nach sich ziehen. Wenn er diese indess auch erfüllt, was gewiss nicht immer geschieht; so ist dem Deutschen damit wenig geholfen. Denn wenn dieser sich auf ein deutliches Gesetz verlässt; so kann er dennoch übel ankommen, weil nach der Meinung der Rechtsgelehrten der Richter sich an ein deutliches Gesetz gar nicht zu kehren braucht, wenn er behauptet, des Gesetzgebers Meinung sei verkehrt ausgedrückt [23]). Sonderbar, einen Gesetzgeber vorauszusetzen, der sich nicht einmal sprachrichtig ausdrücken kann, »cum nemo existimandus sit dixisse, quod non mente agitaverit« [24]), ja in so hohem Grade, dass er gerade das Gegentheil von dem sagt, was er sagen will, die Unterthanen zum Spielball derjenigen zu machen, welche der Regent zu Redactoren der Gesetze wählt, ohne dass sie dazu taugen, und deshalb dem rechtlichen Verkehr alle Sicherheit entziehen zu wollen. Eine andere Absicht soll freilich erwiesen sein. Allein die meisten Richter werden ohne Zweifel diejenige Absicht für klar halten, welche ihrer Sinnesart am meisten zusagt, wenn sie dergestalt aufgefordert sind, sich an die Stelle des Gesetzgebers zu setzen.

Ganz andere Grundsätze nahmen hierin die Ge-

---

23) Thibauts S. d. P.-R. §. 49. 50. Wening-Ingenh. a. a. O. Betr. I. §. 8.

24) l. 7. §. 2. D. de supell. legat. (33. 10.)

sandten der Evangelischen Deutschen Reichsstände in einem bei Anton Faber in der Europ. Staatscanzelei B. 36. p. 656. befindlichen Vorstellungsschreiben v. Nov. 16. 1720 an, worin es heifst:

»Evangelici seind von aller Deutelei der Reichssatzungen u. s. w. weit entfernt und halten vielmehr dafür, dass, nachdem die Interpretation eines Textes nichts anders sei, als eine solche Auslegung, wodurch der zweifelhafte Verstand desselben auf eine gewisse und deutliche Meinung bestimmt werde; so kann in allen den Fällen, wo der klare, unzweifelhafte buchstäbliche Verstand vor Augen lieget, gar keine Interpretation Statt finden; sondern muss bei dem schlechthin geblieben werden, was der Buchstab nach gewöhnlicher allgemeiner Redensart zu verstehen giebet, bevorab, wenn Jemand aus solchem klaren, buchstäblichen Verstand ein jus quaesitum hat. Welcher unleugbaren Wahrheit Evangelici selbst entgegen zu handeln, um so weniger jemals gemeint gewesen, als sie die grundverderbliche Folge gar wohl begriffen.«

Auf die bisher angegebene Weise kann jeder Richter aus dem Gesetze machen, was ihm gefällt, es ganz wegraisonniren, sonach die ganze Gesetzverfassung unkenntlich machen und über den Haufen werfen, Willkür an deren Stelle setzend. Sehr wahr sagt Beccaria über Verbrechen und Strafen, übersetzt v. J. A. Bergk, Th. 1. p. 80. f.: Nichts ist gefährlicher, als der Grundsatz, man muss den Geist des Gesetzes und nicht seinen Buchstaben be-

folgen und zu Rathe ziehen. Lässt man diesen Satz gelten; so reifst man den Damm ein, der den Strom der Meinungen aufhält. Jeder Mensch hat seine eigene Art, zu sehen, und jeder sieht zu verschiedenen Zeiten denselben Gegenstand wieder auf andere Art an. Der Geist des Gesetzes würde dann das Resultat einer guten oder schlechten Logik des Richters sein. Er würde von der leichten oder schweren Verdauung desselben, von der Heftigkeit seiner Leidenschaften, von der Ohnmacht des Leidenden, von der Verbindung des Richters mit dem Beleidigten und von allen den Kleinigkeiten, welche die Gestalt jeder Sache in dem unbeständigen Gemüthe des Menschen verändern, abhangen [25]). So gieng es schon im Römischen Staat. Justinian klagt in l. 1. §. 12. C. de vet. iur. enucl. (1. 17.): »per contrarias interpretantium sententias totum ius pene conturbatum esse«, und Cicero pro Murena n. 27. sagt: »nam quum permulta praeclare legibus essent constituta, ea iurisconsultorum ingeniis pleraque corrupta et depravata sunt.« Auch Viele unserer Deutschen Rechtsgelehrten waren von jeher bemüht, durch diese Proceduren der Gesetzgebung zu Hülfe zu kommen, damit sie in ihrer Ruhe nicht gestört werde, anstatt sie durch ein entgegengesetztes Verfahren aus ihrem Schlummer aufzuschrecken. Dergestalt hatten sie z. E. fast die ganze Carolina aus der Welt geschafft und an deren Stelle Willkür ge-

---

25) Hume Essays Vol. 3. p. 282. 283. Jemand wollte bemerkt haben, dass diejenigen Richter, welche am meisten vom Geist der Gesetze sprächen, meistens selbst wenig Geist besäfsen.

setzt [26]). Und was ferner die Anwendung der Gesetze betrifft, mit welchen Schwierigkeiten ist bei einem so weitschichtigen, aus verschiedenartigen Theilen bestehenden, Rechte nur allein die richtige Application der Regel in l. 80. D. de R. I.: »in toto iure generi per speciem derogatur et illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est« verbunden [27]), und wird es nicht auch hier heifsen, soviel Köpfe soviel Sinne? So glaubt z. E. Thibaut a. a. O. p. 110., wenn der Mord bisher mit dem Schwert, *eine* Art desselben aber mit dem Rädern von unten auf, bestraft worden wäre und nun ein neues Gesetz für den Mord als Strafe lebenslängliches Zuchthaus festsetzte, so müsste dennoch für jene *eine* Art desselben das Rädern beibehalten werden. Wie viele möchten hierin beistimmen?

Hätte nun auch der Deutsche ein gemeines Recht, das so klar wäre, als das jetzige dunkel ist; so würde ihm damit wenig geholfen sein; sofern Gewohnheit solches ergänzen, modificiren oder gar aufheben kann. In dieser Materie sind unsere Gesetze so dunkel und mangelhaft, dass fast kein Rechtsgelehrter mit dem andern übereinstimmt. Was soll also der geplagte Staatsbürger anfangen? Soll er sich bei einem klaren Gesetze beruhigen, oder soll

---

26) N. Arch. d. Crim.-R. I. p. 353. Friedrich II., König von Preufsen, sagt in den Oeuvres posthumes, T. 8. p. 24.: »Ce sont ces lois de sang qu'on devroit réformer en proportionnant la punition à la faute; mais tant que ces lois rigoureuses demeureront établies, les magistrats ne pourront pas se dispenser, d'y conformer leur jugement.«

27) Thibauts civ. Abh. 7.

er dessenungeachtet seine Berufsarbeit liegen lassend sich im Publico umhertreiben, um zu erfahren, ob sich etwa eine Gewohnheit aufser demselben oder gegen dasselbe gebildet hat? Letzteres scheint doch in Deutschland ehedem selbst von Regenten für unzulässig gehalten worden zu sein. Denn unter andern liefs ja der Bischof Georg von Bamberg in einem der auf seinen Befehl der Bambergensis hinzugefügten Holzschnitte ein Gericht (zur Warnung für seine Gerichte aber unmöglich sein eigenes Hofgericht, wie an dem unten allegirten Orte vorausgesetzt wird) abbilden, dessen einzelne Mitglieder bei verbundenen Augen Eselsohren hatten, auch mit Narrenschellen behangen waren, und darüber setzen: »auf bös Gewohnheit Urtheil geben, die den Rechten widerstreben, ist dieser blinden Narren Leben« [28]). Allemal werden die Fälle nicht selten sein, dass derjenige, welcher ein rechtliches Verhältniss beabsichtigt, sich vorsehen muss, damit nicht gegen ein Gewohnheitsrecht zu verstofsen, und da die Gewohnheiten in unserm durch Mannigfaltigkeit ausgezeichneten Deutschland in kleinen Entfernungen merkwürdig wechseln; so wird Jeder fast gezwungen, seine Rechtsverhältnisse auf seinen Wohnort, dessen Gewohnheiten er noch am ersten erfahren kann, zu beschränken, womit aber dem allgemeinen Wohle schlecht gedient ist. Kann er nun durchaus nicht umhin, sich auf die Frage über Existenz einer Gewohnheit einzulassen; so muss er über die vielen streitigen Puncte, z. E. ob eine Gewohnheit auch

28) N. Arch. d. Crim.-R. VII. p. 455. 456.

unvernünftig sein dürfe [29]) oder nicht, ob sie auf Irrthum beruhen könne oder nicht, ob sie im Gerichte bestätigt sein müsse, wiefern sie vom Regenten speciell zu genehmigen, wie die zu einer gemeinen Meinung erforderliche Majorität von Personen auszumitteln, wohin die gemeine Meinung eigentlich gehen müsse, ob dahin dass ein Gesetz da sei oder dass es dasein solle, wie öffentlich, gleichartig, ununterbrochen die Handlungen sein müssen, und wie grofs ihre Zahl, auch wie lange die Zeit, in der sie vorfielen, und die Zahl der Orte eines Districts, in denen sie beobachtet wurden u. s. w., sich für die eine oder andere Meinung auf die Gefahr hin entscheiden, dass der künftige Richter gerade die gegentheilige annimmt, und sodann die Zeit, welche er für sein Gewerbe nützlicher anwenden könnte, damit zubringen, um mit vieler Schwierigkeit für sich selbst den Beweis und Gegenbeweis, rücksichtlich der angeblichen Gewohnheit zu führen, wornach er denn handeln muss, ohne zu wissen, ob sein Beweisverfahren dem künftigen Richter genügt, die unbedingten Zeugen aufsergerichtlich gewissenhaft aussagten, oder ob überall sein Gegenbeweis, den er sich selbst aufs Beste geführt zu haben glaubt, nicht gerichtlich gar nicht zum Vorschein kommen kann, weil der Richter mit der leichten Behauptung, die Gewohnheit sei notorisch, Alles abmacht.

Nach allem Bisherigen ist es wohl nicht zu bezweifeln, dass wir kein Deutsches gemeines Recht; sondern in dem, was man so nennt, eine allge-

---

29) Eckhard in herm. iur. (ed. Walch.) L. 2. §. 102. not. x.

meine Rechtsunsicherheit haben. Wollen unsere Rechtsgelehrten aufrichtig sein; so werden sie dies nicht leugnen können. Sagt man mit Götz im A. f. d. civ. Prax. V. p. 141., dass auch der verständigste Mann nicht zum Voraus wissen kann, ob er seinen Process gewinnen werde oder nicht, oder mit Mittermaier ebendas. IX. p. 275., dass in Ländern des Deutschen gemeinen Rechts der ehrliche Jurist, wenn er von den Parteien wegen des wahrscheinlichen Ausgangs eines Rechtsstreits befragt werde, erröthen, und, wenn er redlich sein wolle, ihnen in den meisten Fällen sagen müsse, er wisse es nicht (also dass Processe meistens Glückspiele und zwar wegen Kosten und Zeitaufwandes der verderblichsten Art seien), oder mit Thibaut ebendas. VIII. p. 89., dass wir in Betreff des iuris communis ganz und gar von Gott und der Welt verlassen sind; so ist dies im Grunde das Nämliche. Da wir nun kein Recht haben, dessen Zweck eigentlich ist, die Willkür des Richters auszuschliefsen; so herrscht in unsern Gerichten mehrentheils diese Willkür. Schon bei Conring de origine iur. germ. Cap. 34. p. 229. findet sich folgende hierher gehörige Stelle: »in caligine et obscuritate totum ius versatur, cum nulla sit opinio certa et verissima, quae non possit pluribus contrariis opinionibus contrariari. Et sic omnia negotia magis ex iudicum arbitrio, quam ex certa iuris dispositione terminantur et modo in uno eodemque negotio nunc pro actore nunc pro reo sententia fertur sine variatione iuris atque facti, sed solum ex eo, quia his iudicibus placet haec opinio et aliis displicet.« Nicht blofs mit dem Wechsel der Richter ändern sich

indess in unseren Zeiten die Grundsätze; sondern auch so wie irgendwo ein alter Lappen aufgefunden wird oder die Fluth von Büchern eine andere Richtung nimmt, entstehen neue Theorien, die denn oft auch bald wieder verschwinden.

Es wäre überflüssig, ausführen zu wollen, welches Elend ein solcher Zustand über das verlassene Volk bringen muss. Unsere ganze Existenz beruht ja im Staate auf der Justiz, da wir unsere Gerechtsame thätlich nicht verfolgen dürfen. Herrscht daher statt des Rechts die Willkür; so kann man mit Cicero pro Caecina c. 26. mit Wahrheit sagen: »nihil est, quod quisquam se habere certum aut a patre accepturum aut liberis relicturum arbitretur.« »Gebt also«, um mit Thibaut in den Abh. 19. p. 443. zu reden, »dem Deutschen Bürger (der es wohl um Euch verdient hat) das unschätzbare Glück, dass er unter dem Schutze kräftiger ungekünstelter Gesetze in allen Beziehuugen frei, sicher und trotzig gegen seine Mitbürger auftreten und ohne alle Ängstlichkeit und Nächstenfurcht sich des Seinigen als Familienvater, Eigenthümer und Geschäftsmann erfreuen kann.

Wahrer Hohn ist es dagegen, wenn man ihm zuruft, er müsse das Recht kennen oder könne wenigstens darüber leicht Belehrung erhalten [30]). Denn dieser Grundsatz beruht darauf, dass das Gesetz einfach und bestimmt sein kann und soll, worauf ihn sogar die Römischen Despoten baueten [31]). Was die leichte Rechtsbelehrung betrifft; so müsste ja jeder

---

30) Glück XXII. p. 282. 283.

31) l. 2. D. de I. et F. I. (22. 6.)

Staatsbürger einen Rechtsgelehrten als Rathgeber besolden, der ihm beständig zur Seite wäre, damit er nicht in Gefahr käme, gegen ein unbekanntes Gesetz zu verstofsen. Gewiss eine absurde Idee. Aber wo sind denn diese Rathgeber? Welche Personen, die verbindlich wären, Rath zu ertheilen, und vermögend, für ihr Versehen gerecht zu werden, hat der Staat angestellt, und wie kann überhaupt von Belehrung die Rede sein, wenn derjenige, der sie ertheilen sollte, nach dem Obigen selbst zugiebt, dass er in den meisten Fällen dies nicht vermöge; sondern ein Wegweiser sei, mit dessen Hülfe man das Ziel eben so gut verfehlen als erreichen kann?

Die Deutschen sind blofs durch ihre wissenschaftlich gebildeten Rechtsgelehrten in dies Unglück gebracht und Jahrhunderte lang darin erhalten worden, wovon ihre Vorfahren vielleicht eine Ahnung hatten, als sie nach der Niederlage der Römer deren Rechtsgelehrte so misshandelten. Diese konnten sich dabei in grofser Anzahl einen reichlichen Unterhalt, Ansehen und Ehre erwerben und wurden dergestalt eine eigene Kaste, welche Alles regiert, ungeachtet ihre einem despotischen Rechtschaos gewidmete Stubengelehrsamkeit sie gewiss dazu nicht befähigt. Schon Baco sagte daher in seinem Werke de augmentis scientiarum: »iurisconsulti legum romanarum aut pontificiarum placitis obnoxii et addicti iudicio sincero non utuntur, sed tanquam e vinculis sermocinantur.« Welcher Gott wird hier Rettung senden, da selbst Luther den Juristen das elende Corpus Iuris Canonici nicht einmal entreifsen konnte; sondern genöthigt war, selbst wieder darüber Unterricht zu geben, nachdem er es zuvor ver-

brannt hatte, und man von den Deutschen ohnedem im Allgemeinen behauptet, sie überlegten ein Jahrhundert lang, ob etwas ein Missbrauch sei, ein zweites, wie er abgeschafft werden könne, und im dritten Jahrhunderte würden sie versuchen, ihn zu heben, wenn die Zeit ihn nicht schon von selbst vertilgt hat. »In unsern Zeiten nimmt noch dazu (nach Thibaut in d. civil. Abh. N. 19. p. 449.) die Verdorbenheit und Kleinlichkeit eines Theils der Staatsdiener mancher Länder immer mehr überhand. Nur zu gern möchte das lose Gesindel die zeitlichen Segnungen des Regierens an sich reifsen, die Kraft des Fürsten lähmen und so wie der Sturmwind im Lande umherfahren, unbewacht an allen Enden herrschen und quälen, und eigener Gemeinheit, Eitelkeit und Habsucht alle Zügel schiefsen lassen.

Von dem Aufkommen des fremden, vorzüglich des Römischen Rechts in Deutschland liest man gar sonderbare Dinge. Aufgenommen ist es eigentlich nicht. Man sagt, es habe sich nach und nach verbreitet [31a]), wie man etwa auch von einer bösen Seuche sprechen würde. Das Wahre scheint zu sein, die Rechtsgelehrten haben es eingeschwärzt und die Deutschen Könige beredet, dies Recht gelte auch für Deutschland, weil es von einem Römischen Kaiser herrühre und sie nunmehro diesen Titel führten, welche Meinung diese Könige denn hin und wieder geäufsert haben [32]). Dieses Contrebandiren und dieser grobe und ganz unerträgliche Irrthum, wie ihn Pütter a. a. O. nennt, konnten aber kein Gesetz

---

31a) Wening-Ingenheims Lehrb. d. g. Civ.-R. (A. 3.) §. 2.
32) Pütters Beitr. z. T. Staats- u. Fürstenr. Th. 2. N. 23.

schaffen, dessen Kraft für das fremde Recht daher blofs erschlichen ist [33]). Aus welcher Quelle man indess auch die Gültigkeit desselben herleiten will; so wird man nie im Stande sein, sie zu begründen. Denn dass ein Volk sich nach Gesetzen richten soll, die ihm ganz unverständlich sind, streitet wider die ewigen Gesetze der Vernunft und des Rechts und wirft den Hauptstaatszweck, welcher Handhabung der Gerechtigkeit und nicht einer völligen Rechtsunsicherheit ist, über den Haufen, kann daher auch im Staate nie Recht werden. Selbst ein Orientalischer Despot würde es sich nicht unterfangen, hierin unsere Rechtsgelehrten nachahmen zu wollen. Ohne Zweifel hatten unsere Deutschen Fürsten bei Vertreibung der Franzosen wieder nur Juristen zu Rathgebern. Sonst würden sie ja diese schöne Gelegenheit nicht unbenützt gelassen haben, ihre Völker endlich mit einem, wenn auch noch unvollkommenen, doch wenigstens verständlichen Gesetzbuche zu beglücken. Statt dessen wurde das bisher beschriebene Elend zu den meisten Deutschen Völkern wieder zurückgeführt, die unter der Herrschaft des Französischen Rechts gelebt hatten, ohne die Stimmen der Rechtsgelehrten dieser Länder, welche die alte und die Französische Gesetzgebung kannten, und die Volksstimme erst zu hören. Anstatt, um mit Thibauts patriotischen Worten in der vortrefflichen, aber leider! nicht beachteten civ. Abh. 19. p. 411. hier zu schliefsen, diesen herrlichen Augenblick zu benützen, um endlich alte Missbräuche zu zerstören und durch neue weise bürgerliche Einrichtun-

---

33) Runde D. Privatr. (A. 1.) §. 25.

gen das Glück des Einzelnen fest zu begründen, hat man gerade in demselben und nachdem die zahllosen Gebrechen unserer früheren bürgerlichen Verfassung von vielen unserer ersten Rechtsgelehrten längst anerkannt waren, an vielen Orten nichts eiliger zu thun gehabt, als das krause Gemisch des alten Wirrwars gegen das eingeführte neueste Recht mit einem schneidenden Machtworte wieder herzustellen.

Wenn das Recht völlig unsicher ist; so kann es natürlich auch keine Justiz geben, die Etwas taugt. Denn das Recht muss, damit die Unparteilichkeit des Richterspruchs gewiss sei, vorher und in allgemeinen Regeln festgestellt werden, welchen der Richter die besonderen Fälle nur zu subsumiren braucht, und damit diese Unparteilichkeit Jedem unzweifelhaft sich darstelle, müssen die Merkmahle, nach welchen diese Subsumtion geschieht, für Jeden leicht fassbar und anschaulich sein [34]).

In dem älteren Rom wählten sich in den einzelnen Fällen die Parteien selbst unabhängige Männer zu ihren Richtern. Jetzt ist Jeder genöthigt, sich denjenigen Richter gefallen zu lassen, den der Staat als seinen Diener für alle Fälle angestellt hat. Bei dieser Anstellung muss der Staat nicht allein fähige, rechtliche und unabhängige Richter den Parteien darbieten; sondern er muss sie auch durch sein Verfahren dabei in Voraus darüber völlig beruhigen, dass das Verdienst hier einzig entschieden habe und nichts Anderes. Dies kann wohl nur dadurch geschehen,

---

34) Benthams Grunds. d. Civil- und Criminalgesetzgebung, herausg. v. E. Donant, mit Anmerk. v. Beneke. B. 1. p. 94. 95. Anm.

dass der Advocatenstand als Pflanzschule für das Richteramt angesehen wird, wie dies auch in Rom der Fall war, und es noch in mehreren neueren grofsen Reichen ist. Wenn dann ein allgemein als fähig und rechtlich anerkannter Anwald zum Richteramte gelangt, so ist jene Beruhigung für die Parteien gewonnen, welche auf andere Art nicht wohl möglich ist. Jenes geht aber nicht, wo man die Zahl der Richter immer vergröfsert, wohl gar die der Anwälde dagegen beschränkt. Denn wie sollen sich so viele Anwälde dauernd auszeichnen, als Richter erfordert werden? Letztere erhalten überdies selbst bei denselben Gerichten und gleicher Arbeit nicht immer denselben Lohn, die in diesem Dienste jüngeren in erster Instanz oft sehr wenig, etwa ein Viertel von dem, was das vorsitzende Mitglied erhält. Was sollte nun einen in gutem Verdienste sitzenden Anwald bewegen, dergleichen Stellen anzunehmen, selbst wenn er Vermögen besitzt oder sich schon erwarb? Vergnügen kann es gewiss bei dem obigen Zustande der Gesetzgebung nicht gewähren, sie zu verwalten. Mit äufserer Ehre sind die Richterstellen häufig wenig begabt, ja stehen wohl den Administrativstellen hierin sehr nach. Im N. Arch. d. Crim.-R. II. p. 555. heifst es gar, in der jüngsten Zeit sei in manchen Staaten Deutschlands die Staatsdienerschaft in eine Staatslakaienschaft ausgeartet. So hat sich der Stand der Rechtsgelehrten wieder in den der Gerichtspersonen und den der Advocaten getrennt, welche meistens streng geschieden bleiben. Wie soll sich nun aber das Publicum überzeugen, dass der Nepotismus die Gerichte nicht mit Halbjuristen anfüllt (etwa in der falschen Voraussetzung,

ein oder anderes besseres Subject werde dies wieder ausgleichen [35]), oder dass man die Gerichte nicht als Ausleerungsplätze behandle, wo man sich der Staatsdiener entledigt, welche man an andern Orten als unbequem und unbrauchbar ganz entfernen möchte, über welches beides im Arch. f. d. civ. Prax. V. p. 415. 416. geklagt wird; sondern die Richterstellen so besetzt, dass der Staat in dieser Rücksicht immer aufs Beste berathen sei. Es fällt freilich etwas ins Lächerliche, was Deutsche Rechtsgelehrte für viele vortreffliche Eigenschaften eines Richters erfordern, am mehrsten, wenn man das, was nach ihnen sein soll, mit dem vergleicht, was gewöhnlich ist. Indess einen guten Verstand, gute Rechtskenntnisse und strenge Rechtlichkeit muss ein Richter doch haben und dies Alles zusammen ist schon schwer zu finden. Es mag etwa ein Examen bald nach vollendeten Universitätsjahren eingeführt sein. Allein die dabei erhaltene Censur ist kein character indelebilis, und es lässt sich durch eine solche Prüfung nicht genügend herausbringen, ob der Candidat den richtigen Tact in der Anwendung haben werde, vielweniger über seinen moralischen Charakter Aufschluss erhalten. Überdies bleibt noch der Zweifel, ob denn nach den Ergebnissen dieser Prüfungen streng verfahren wird; so wie überhaupt, welche hinlänglich erleuchtete Behörde die Vorschläge zu Richterstellen macht und dafür verantwortlich ist [36]).

---

35) Facundos iurisque peritissimos post indoctorum collocans terga, H. Donell. d. iur. civ. L. 18. C. 2. §. 3.

36) Statuere enim, qui sit sapiens, vel maxime videtur esse sapientis, Cicero in academ. quaest. L. 4. c. 3.

Bei einem Rechtschaos, wie das eben dargestellte, kann über sehr Vieles, nicht ohne Hoffnung auf Erfolg, gestritten werden. Daher viele und weitläuftige Processe, welche auch eine gröfsere Zahl von Richtern nothwendig machen. Dies ist noch in einem höheren Grade der Fall, wenn man alle Richterstellen durch Collegien, worin dann die einzelnen Mitglieder zusammen manchmal nicht viel mehr zu thun haben, als was *ein* tüchtiger Mann auch bestreiten kann, verwalten lassen will und wohl gar wenn etwa Mitglieder derselben schlecht gewählt sind oder ihre Schuldigkeit nicht thun, immer mehrere hinzufügt. Es hält schwer, einen Mafsstab für die Arbeit zu finden, welcher ein Richter gewachsen ist, und darnach das Personal zu bestimmen. Der Professor Klien führt im N. Arch. d. Crim.-R. I. p. 132. an, er habe in 15 Jahren neben seinem öffentlichen Lehramte in Wittenberg als Mitglied zweier Dicasterien und eines Justizcollegiums an der Entscheidung von 30- bis 40000 Sachen Antheil genommen und den 6. bis 7. Theil davon selbst bearbeitet. Nimmt man nun nur die geringste Summe: so kämen auf jedes Jahr 2000 Sachen. Gewiss giebt es ansehnliche gerichtliche Collegien, worin die Thätigkeit aller Mitglieder nicht den zehnten Theil der Thätigkeit dieses Mannes erreicht. In ganz England giebt es nur 9 Richter [37]), folglich etwa auf eine Million *einen*: dagegen im Grofsherzogthum Oldenburg etwa 170, folglich auf circa 1500 Menschen *einen*, nach welchem Verhältnisse in England statt 9 etwa 6000 Richter sein müssten. Da nun, wie

37) N. Arch. d. Crim.-R. IV. p. 469.

Donell. de iure civ. L. 18. C. 2. §. 9. sagt: »eruditorum et praestantium hominum non vulgaris et parabilis copia est« und nach Shakspeare ehrlich sein heifst, ein Auserwählter unter Zehntausenden sein; so muss in dem Richterpersonal das Gemeine und Schlechte mit der gesteigerten Zahl immer überwiegender werden, wenn man es auch nicht einmal in Anschlag bringt, dass die kriechende Mittelmäfsigkeit gewöhnlich weiter kommt, als das geflügelte Talent. Was kann dies mehr bestätigen, als dasjenige, was Martin in seinen Rechtsgutachten p. 247. sagt, dass gewöhnliche Richter häufig das wahre Entscheidungsprincip durchaus übersähen und nicht einmal die Sätze der gangbaren Compendien anzuwenden verständen? »Quid autem refert, sordibus iudicis an stultitia res perierit [38]).« Fremde Richter, welche man ohnedem ohne Ungerechtigkeit gegen die Einländer nicht anders anstellen könnte, als wenn eine gleich gute Qualification unter diesen sich nicht fände, haben, wie Bentham a. a. O. p. 251. sagt, keine Gelegenheit gehabt, sich locale Kenntnisse zu erwerben und ein weniger inniges Interesse für das Wohl des Landes. Doch muss die Noth, so viele Richter zu erhalten, beträchtlich sein, da nach dem N. Arch. d. Crim.-R. IV. p. 230. hier und da junge Leute, man möchte sagen, e cunabulis in das Richteramt schreiten [39]).

---

38) l. 51. pr. D. de evict. (21. 2.)

39) Von dessen Wichtigkeit hat man in Deutschland wohl nicht immer gehörige Begriffe gehabt. Sonst wären z. E. die Gerichte schwerlich in adeliche und gelehrte Bänke eingetheilt, wie sogar beim Reichshofrath der

Bei einer solchen unnatürlichen Vermehrung des Richterpersonals ist daher zu fürchten, dass in den Richtercollegien häufig das Gemeine und Schlechte die Majorität für sich hat. Was hilft es dann, dass Einer oder der Andere dazu nicht einstimmt und sich dadurch zu beständiger nutzloser Arbeit verdammt? Auch ihm muss es, wenn er seine Gemüthsruhe nicht völlig Preis geben will, am Ende ganz gleichgültig werden, ob Recht siegt oder Unrecht. Bei Verschiedenheit der Meinungen im Collegio erhält überdies die Justiz fast völlig das Ansehen einer Lotterie. Ist einiger Scharfsinn erforderlich, um das Factum richtig unter das Gesetz zu subsumiren; so wird es besonders häufig heifsen: »so viel Köpfe so viel Sinne.« Mancher spricht seine Meinung wohl gar nicht einmal deutlich aus, wodurch das Stimmenzählen noch schwieriger wird. Über die Art, wie letzteres geschehen muss, giebt es ohnedem verschiedene Maximen, und so kommt am Ende ein Urtheil zum Vorschein, an welches die meisten Votanten gar nicht dachten. Dabei können solche Collegien die tollsten Streiche machen oder die Justiz auf die enormste Weise verschleifen, ohne dass dies der Ehre der einzelnen Mitglieder im Geringsten schadet. Denn es weifs ja das Publicum nicht, soll es auch nicht wissen [40]), wie jeder Bei-

---

Fall war. »Dubium nemini est«, sagt Cicero II. in Verrem. c. 12., »quin omnes omnium pecuniae positae sint in eorum potestate, qui iudicia dant.«

40) Nach der Oldenb. Dienstinstr. f. d. Vorstände §. 9. sollen dieselben mit Strenge darauf halten, dass die Verhandlungen des Collegii nicht zur Publicität gebracht werden.

sitzer gestimmt hat oder welcher so enorm faulenzt. Dergestalt kann die Ehre des Gerichts dem einzelnen Mitgliede nicht am Herzen liegen, und man verlangt wohl gar, dass es sich nicht darum kümmere, ob das Verfahren eines Collegen sie verletzt oder nicht. Dies würde sehr uncollegialisch sein, und leicht ist ein gutes collegialisches Verhältniss hier Alles, vom öffentlichen Wohle aber keine Rede.

In Deutschland ist immer viel darüber geklagt, dass Regenten sich in die Verwaltung der Justiz in einzelnen Fällen einmischten, ja beim Reichshofrath geschah es sogar verfassungsmäfsig, dass in gewissen Fällen der Kaiser selbst entschied [41]). Unabhängigkeit seines Richters kann aber gewiss jeder Staatsbürger vor Allem verlangen. Jetzt hat man indess die Entdeckung gemacht, dass diese würklich bei Deutschen Richtern vorhanden sei, weil sie wenigstens nicht de facto weggejagt werden können. Sonderbar! Nicht einmal zu erwähnen, dass die Richter, wenn sie in einem eigentlichen Staatsamte stehen, wohl immer in einiger, wenn auch unsichtbarer, Abhängigkeit von der Staatsgewalt sich befinden, sollten denn wohl viele Richter sein, welche nicht Zulagen, Beförderungen, Titel u. s. w. wünschten, oder wenigstens Neckereien durch Disciplin, welche leicht eine Art von Tyrannei wird, nachtheilige Versetzungen oder gar Quiescirungen u. s. w. zu fürchten hätten? Wenigstens muss der Richter ein und dasselbe Amt zeitlebens behalten, um eine völlige Unabhängigkeit desselben annehmen zu kön-

---

41) Pütters histor. Entw. II. p. 216. 217.

nen. Dies soll auch in England der Fall sein, während hin und wieder in Deutschland ordentliche Richterwanderungen durch beständige Beförderungen oder Versetzungen Statt finden, welche noch aufserdem, weil sie Erlangung der gehörigen Localkenntnisse, auch des Vertrauens des Publicums hindern, und einen beständigen Wechsel in den Grundsätzen der einzelnen Gerichte leicht veranlassen, grofse Nachtheile haben.

Diese rechtsgelehrten Gerichtspersonen haben nun vor fast allen übrigen Staatsbürgern das voraus, dass sie ein gesichertes, häufig reichliches, Einkommen besitzen, und es ist daher kein Wunder, dass die liebe Jugend sich vorzüglich zum Studium des Rechts drängt, besonders da auch die meisten andern Staatsämter, gleiche Vortheile gewährend, mit Rechtsgelehrten besetzt werden. Leider! wird aber nicht selten der Gehalt als die Hauptsache und das Amt als eine lästige Zugabe betrachtet, derenthalben man sich, soviel wie möglich, Erleichterung zu verschaffen suchen muss. Dann werden die Geschäfte vernachlässigt oder wenigstens nur obenhin behandelt [41a]). Mancher sucht dafür lieber Zeitvertreib.

41a) Die Römischen Rechtsgelehrten allegirten die Gesetze und Autoren (Bach hist. iurispr. Rom. ed. 5. L. 3. C. 4. §. 11.). Ein Gleiches thaten auch vormals häufiger als in neuerer Zeit die Deutschen Richter, indem sie nicht unterliefsen, die Ansichten der Rechtsgelehrten zu Rathe zu ziehen. Dies erfordert aber eine angestrengte Thätigkeit. Leichter ist es dagegen, geschwind ein Urtheil zu machen, wie es eben der Geist zeuget, und dann eine Brühe faden Geschwätzes als Entscheidungsgründe darüber her zu giefsen.

Konnten doch Reichshofräthe das Zeitungslesen während der Relationen nicht einmal lassen [42]). Wer wird den Gerichtspersonen zumuthen, ihr Brod im Schweifse ihres Angesichts zu essen, wie andere Staatsbürger? Gesellschaften, Kartenspiel, Concert, Schauspiel, Lustreisen u. s. w. sind gewiss angenehmer, als die häufig langweiligen gerichtlichen Arbeiten [43]), und in den beträchtlichen Gehalten fehlen ja die Mittel nicht, diese Vergnügungen zu geniefsen. Die Disciplin soll hier freilich aushelfen. Aber man weifs ja, was dabei meistens herauskommt, da, wie man zu sagen pflegt, eine Krähe der andern kein Auge aushackt. In Ansehung der Gründlichkeit der Arbeiten hat sie auch ihre eignen Schwierigkeiten, wenngleich das Lichtenbergsche: die Null wie gewöhnlich im Präsidentenstuhle, keinesweges zutrifft. Und was den Fleifs betrifft, wie viele Entschuldigungen und Rücksichten giebt es nicht? Der Eine ist zu alt, der Andere ist noch jung, Einer ist ein angenehmer Mann, ein Anderer leidet an einer der Krankheiten der Gelehrten, welche auch Ungelehrte, hauptsächlich die Trägen, nicht verschonen, Dieser steht in grosfem Ansehen, Jener hat auch andere Geschäfte zu besorgen oder vielleicht ebenfalls zu vernachlässigen, wieder Einer besitzt grofses Vermögen, welches er doch geniefsen muss, ein Anderer gar keins, so dass er etwa mit einer zahlreichen Familie ins Elend gerathen würde, wenn er seine Sinecure nicht behielte u. s. w. Denkt man sich nun die Verdorbenheit auf den höchsten Grad gestie-

---

42) Pütters histor. Entw. II. p. 216.
43) Weber v. d. nat. Verbindl. (A. 2.) p. 150.

gen; so würde der geschickte und fleifsige Richter würklich lächerlich werden, indem in völligem Gegensatze zu dem »ne melioris conditionis sint stulti, quam periti [44])«, die Ungeschickten, wenigstens die Unfleifsigen viel besser daran wären, dessenungeachtet vielleicht von einer Würde zur andern stiegen und dann mit ihrem vollen Gehalte in Ruhestand versetzt würden. Die Parteien müssten dagegen viele Jahre lang auf Administration der Justiz vergeblich hoffen, kämen darüber wohl gar an den Trunk, Müssiggang und Bettelstab, eine völlige Unsicherheit des Eigenthums und Hemmung des Verkehrs träte ein. Freilich kann ebenfalls durch andere Umstände dieses Elend hervorgebracht oder wenigstens vermehrt werden. Darf z. E. der Richter sich amtshalber nicht darum bekümmern, dass ein Process gefördert werde; so wird es nicht an Anwälden fehlen, welche aus collegialischer Freundschaft resp. in Erwartung des reciproci sich bei der Unthätigkeit ihres Gegenanwalds zum Schaden ihrer Partei so lange als möglich beruhigen. Beschwerden über den eignen Anwald, worauf man hier die Parteien, ungeachtet sie den Stand der Sache kaum wissen, gewöhnlich verweist, sind ein beschwerliches und kaum rathsames Mittel. Zugleich möglichst kostbar kann man die Processe machen, wenn den Advocaten ihre Arbeit nach unbeschränkter Bogenzahl vergütet wird. Dann werden die Parteien ein weitläuftiges Nichts häufig mit grofsen Summen bezahlen müssen, man mag gleich glauben, noch so gute Mittel dagegen ausgedacht zu haben.

---

44) l. 4. D. quod vi aut clam. (43. 24.)

Übrigens hielten sich die Deutschen Richter von jeher häufig in der Theorie an das jedesmal beliebteste Lehrbuch, deren Verfasser waren dann so zu sagen die Gesetzgeber: einst I. H. Boehmer, dann Hellfeld, nachher Thibaut. Jetzt scheint keins ein entschiedenes Übergewicht zu haben. Vielmehr klagt man über Modesucht, welche das Allerneueste unbesehen als ein Evangelium behandelt [45]), und darüber, dass die Praktiker sich häufig durch unreife Arbeiten in den juristischen Zeitschriften verleiten lassen [46]). Manchmal kam wohl auch eine Zeit, wo besonders darauf gedrungen wurde, der Richter solle die Gesetze selbst studiren. Dann ermangelte ein oder der andere Richter nicht, sich ein gelehrtes Ansehen zu geben und ohne das ganze Rechtssystem, wohl gar die Sprache gehörig zu kennen oder wenigstens ersteres zu beachten, einzelne Römische Gesetze diis hominibusque invitis (wie Eckhard in Herm. Iur. (ed. Walch.) L. 1. C. 1. §. 44. sagt) zu interpretiren und daraus zu deduciren. Dies ist leicht das Entsetzlichste von Allem, weil man mit diesen einzelnen Gesetzen Alles anfangen kann, was man will. In der Praxis hingegen sind die Deutschen Richter häufig Billigkeitskrämer und suchen eine Ehre darin, aller Welt zu helfen, was sie durch vorsichtige Unterscheidungen, Einschränkungen, Ausnahmen zu bewürken suchen [47]). Vielleicht dachte Cicero hieran, als er sagte: »totius iniustitiae nulla capitalior est, quam eorum, qui, cum maxime fallunt,

45) Arch. f. d. civ. Prax. X. p. 456.
46) Ebendas. XII. p. 363.
47) Thibauts civ. Abh. p. 307.

id agunt, ut viri boni esse videantur.« Sie bedenken nicht, dass der Gesetzgeber, welcher das Allgemeine berücksichtigen muss, es nicht vermeiden kann, dass in einzelnen Fällen Unbilligkeiten entstehen. Überhaupt wird es manchen Richtern schwer, die Moralität einer Handlung von deren Gesetzmäfsigkeit zu trennen. Andere entscheiden nach Gutdünken, sobald sie ein Gesetz nicht für vernunftmäfsig halten, oder nehmen Rücksicht auf politische Momente, auf das Wohl des Ganzen nach ihren Begriffen von demselben.

Und was soll man von der Ehrlichkeit Deutscher Justiz sagen, sofern von der Verfahrungsart im Allgemeinen und von Maximen die Rede ist? In dieser Rücksicht sind die Äufserungen der Rechtsgelehrten selbst sehr betrübend. Nach denselben sollen die Deutschen Juristen häufig ihren Stolz darein setzen, das Gesetz zu umschiffen [48]), die Fessel, welche das Gesetz ihnen anlegt, durch verschiedenartige, oft nur die Umgehung des Gesetzes bezweckende, Auslegungen und Beschränkungen sprengen (was gesunder Sinn sein soll) [49]), sich die Macht anmafsen, Gesetze, welche sie für tyrannisch oder unvernünftig halten, unangewendet zu lassen [50]) (was in l. 1. §. 3. D. ad L. Corn. de falsis (48. 10.) für Betrug erklärt wird), suchen, durch gewagte Wendungen und Verdrehungen (wozu das gesetzlich vorgeschriebene Bestreben, Widersprüche in den Gesetzen durch Conciliation aufzuheben, eine

---

48) N. Arch. d. Crim. - R. V. 330. VI. 179.
49) Ebendas. X. 603.
50) Daselbst VII. 415.

gute Vorübung liefert) zu helfen, wo die Legislation (nach ihrer Meinung) unzweckmäſsig ist [51]), wissentlich gesetzwidrige Urtheile sprechen dürfen [52]), durch Winkelzüge den Gesetzen entgegenarbeiten [53]), Gesetzstellen Gewalt anthun [54]), das unverständige Gesetz dem Bedürfnisse anpassen [55]) (wobei Mancher an das »corriger la fortune« der falschen Spieler denken möchte, wodurch sie das unverständige Glück dem Bedürfnisse anpassen), was sie als wahr und billig fühlen, gewaltsam aus dem Gesetze heraus interpretiren [56]), sich Regeln der Hermeneutik nach den Fällen bilden [57]), an der Sache drehen und wenden, um mit Hülfe einer gewissen Theorie, die man für diesmal annimmt, zu einem gewissen Ausspruche gelangen zu können [58]), in höherer Instanz Ungerechtigkeit üben, um das Ansehen des Unterrichters zu schonen [59]), politische Ansichten oder Wünsche der Machthaber auf ihre

---

51) N. Arch. d. Crim.-R. I. 353. XII. 2.

52) Daselbst I. 353.

53) Thibauts civ. Abh. p. 310.

54) N. Arch. d. Cr.-R. X. 624.

55) Arch. f. d. civ. Pr. XII. 149.

56) N. Arch. d. Cr.-R. VII. 283. 284. Friedrich II., König von Preuſsen, sagt in den Oeuvres posthumes, T. 8. p. 23.: »C'est selon les lois, que tout magistrat fait serment de juger: il ne peut prononcer sa sentence, que selon ce qu'elles contiennent.

57) Thibauts Vers. I. 271.

58) Arch. f. d. civ. Pr. XII. 137.

59) Henkes Handb. d. Crim.-R. II. 287. Arch. f. d. civ. Pr. V. 362.

Entscheidungen einwürken lassen [60]). Wie man nun den Deutschen in diesem ihrem Elende die Öffentlichkeit und Mündlichkeit als eine Cur anrathen kann, was die Augen freilich von dem eigentlichen Schaden abzieht, darüber muss man billig erstaunen. Es scheint dies fast so, als wenn man Jemandem, der lahm ist, sagen wollte, er möge nur versuchen im Freien und recht geschwind zu gehen. Bei dem verworrenen Zustande unserer Gesetzgebung gleicht die Arbeit eines gewissenhaften Richters bei Entscheidung zweifelhafter Fälle fast einem grofsen Rechnungsexempel, und es wäre doch gar spafshaft, wenn man es für das Beste hielte, das Facit eines solchen durch öffentliches Kopfrechnen herauszubringen. Recht viele Richter, die nicht rechnen können oder wollen, werden sich dies gern gefallen lassen, und nicht ermangeln, sich durch kecke Durchgriffe nach einem dunkeln Wahrheitsgefühle zu helfen. Sie können ja dann noch mehr Zeit auf ihr Vergnügen wenden, und ob das Facit richtig ist, kümmert sie wenig, sonst hätte wohl Niemand Vortheil davon, am wenigsten das Publicum. Denn wenn es auch die Langeweile bei den Verhandlungen, welche unser meist Lateinisches Gesetzchaos veranlasste, ertrüge, was ganz undenkbar ist; so würde es doch ganz und gar unfähig sein, über den Werth oder Unwerth des endlichen Urtheils eine Meinung zu haben. Dazu wären deutliche Gesetze erforderlich, welche vorhanden sein sollen, um sich der Unparteilichkeit des Richters zu versichern, uns aber fehlen. In Deutschland werden ja manchmal höchst

---

60) Arch. f. d. civ. Pr. XII. 137.

auffallende Entscheidungen sogar gedruckt, ohne dafs dies die geringste Sensation machte [61]).

Wenn es im Arch. f. d. civ. Prax. IV. p. 306. heifst: »Unbeugsam und fest, wie das Gesetz, ohne menschlich gefällige Rücksicht, nicht hörend auf den Wunsch der Machthaber, in einem bestimmten Falle gerade auf die Art zu entscheiden, nicht bewegt durch die oft launenhaften Ansichten vom Staatswohl, von Zweckmäfsigkeit, von höherer Politik, entschied der Richter den ihm vorgelegten Fall nach den bestehenden Gesetzen gründlich, aber eben darum freilich nicht mit der oft gerühmten seichten Schnelligkeit;« so bedauert man, dass dabei nicht bemerkt ist, von welchem glücklichen Lande die Rede sei.

XIV.

Über Deutsches Particularrecht im Allgemeinen.

Schon Donell klagte in der Vorrede zu seinem Commentar de iure civile (ed. König p. 35.), dass in dem Deutschen Particularrechte viel Absurdes anzutreffen sei, Weber in seiner systematischen Entwickelung d. Lehre v. d. natürlichen Verbindlichkeit (A. 2.) §. 95. meint, es enthalte hin und wieder Materialien zur Geschichte und Verfassung der Abderiten, und Thibaut in seinen civ. Abhandl. p. 413.

---

61) z. E. N. Arch. d. Crim.-R. II. 639 f.

nennt es einen endlosen Wust einander widerstreitender, vernichtender, buntschäckiger Bestimmungen, ganz dazu geartet, die Deutschen von einander zu trennen. Die älteren Deutschen Landesgesetzbücher, gewöhnlich von wenig umfassendem Inhalte, bezeugen meist die Beschränktheit der Einsichten damaliger Zeit und ermangeln häufig aller gesetzgeberischen Klugheit. Da man die gesetzgebende Gewalt noch nicht immer in ihrem wahren Lichte erblickte; so mafsten auch nicht selten Regierungen, meist zugleich Justizcollegien, sich derselben an, wozu sie gar nicht befugt waren [1]), und gaben einzelne Gesetze. Weit entfernt, dass diese älteren Gesetze bei den Gerichten immer vorhanden sein sollten, wie beim Reichshofrathe die Reichsgesetze, nach der Reichshofrathsordnung T. 7. §. 24., fehlt ihnen sogar nicht selten eine gehörige Kunde davon, welche doch in den Amtspflichten des Richters begriffen ist.

Nach Vertreibung der Franzosen trat eine Periode ein, worin die Deutschen Regierungen besondere Lust am Gesetzgeben zu finden schienen. Wenige Männer giebt es aber, welche diesem höchst schwierigen Geschäfte gewachsen sind. Ein solcher muss, versehen mit den Regeln einer guten Logik und Politik, mit Kenntniss der Sachen, der Menschen und ihres Verkehrs, des Volks und seiner Verhältnisse, mit Festigkeit, grofser Geduld, Besonnenheit und Eifer für Wahrheit und Recht, seinen Blick ohne kleinliche Nebenrücksichten aufs Ganze richten, auch die Fähigkeit besitzen, das Material gehörig zu ordnen und seine Gedanken kurz, be-

---

1) Glück I. p. 164.

stimmt und allgemein verständlich auszudrücken. Dergleichen Männer sind schwer zu finden, am schwersten in unbeträchtlichen Territorien, und wenn man sie nicht auf gehörige Weise, vielleicht wohl gar unter den höheren Staatsbeamten, sucht, da doch nach Aristoteles Meinung Pol. IV. c. 11. aus dem Mittel- oder Bürgerstande von jeher die besten Gesetzgeber entsprossen sind. Nicht selten wurde diesen, welche ohnedem schon mit ihrem eigentlichen Berufe hinlänglich beschäftigt sind, die Gesetzgebung als ein Nebenwerk aufgetragen. In kleineren Staaten konnte sich die öffentliche Meinung beim Mangel geeigneter Organe nicht äufsern. Vielleicht wurden die Gesetzentwürfe auch nicht einmal zuvor zum Zweck allgemeiner Prüfung bekannt gemacht, um wenigstens die Erfahrung und Einsicht der Kundigen zu Rathe zu ziehen; sondern so wie sie gearbeitet waren, gleichsam mit Extrapost auch in Gesetze verwandelt. Von solchen Versuchen im Dunkeln konnte nun um so weniger etwas Erspriefsliches erwartet werden, da auch die Begriffe vieler Staatsbeamten schief und despotisch sind. Hinter der Zeit zurückbleibend, glichen sie häufig den Reparaturen von Gebäuden, die dennoch den Einsturz drohen, oder Palliativmitteln, womit man einen gefährlichen Kranken behandelt, den man gründlich heilen könnte und sollte. Anstatt einer durchgreifenden Verbesserung der ganzen Gesetzgebung wurden wohl, so wie die Gelegenheiten sich ergaben, etwa einem würklichen oder vermeinten Übel abzuhelfen, einzelne dem Geiste des Ganzen oft nicht gemäfse Verordnungen erlassen oder Bestimmungen über einzelne Gegenstände aus fremden Gesetzgebungen herüber genom-

men, ohne gleichmäfsige Reform dessen, womit sie in Verbindung stehen. Vorherige Versehen, welche man nicht eingestehen wollte, mochten noch mehr Flickereien, wenn nicht gar reine Unwahrheiten in authentischen Interpretationen veranlassen. So entstand immer mehr eine bunte Zusammensetzung verschiedenartiger Bestandtheile. Häufige Abänderungen und wechselnde Versuche konnten nicht verfehlen, die Unterthanen in beständiger Unruhe zu erhalten und in ihnen die Vorstellung zu erzeugen, dass das Recht entweder gar keine Realität habe, sondern dem Zufalle, der Herrschaft des Augenblicks, der Mode unterworfen sei, oder aber vom Gesetzgeber nicht gehörig gehandhabt werde. Hierin müssten sie noch mehr bestärkt werden, wenn auch auf diese Verordnungen nicht einmal streng gehalten würde, was bei unpassenden Gesetzen allerdings sehr leicht geschieht, an sich aber schlimmer ist, als wenn gar kein Gesetz vorhanden wäre.

Da übrigens jeder Deutsche Staat, er sei noch so wenig beträchtlich, seine eigene Gesetzgebung hat, ja in demselben Staate häufig die Gesetze nach den verschiedenen Districten wechseln, über die Collision dieser Gesetze es aber an festen Bestimmungen fehlt; so ist leicht zu denken, welcher Ungewissheit der Deutsche Preis gegeben ist, sobald sich seine Rechtsverhältnisse über seinen Wohnort hinaus erstrecken. Während z. E. der in Calais wohnende Franzose bestimmt weifs, dass in Marseille kein anderes Recht gilt, als bei ihm zu Hause, tappt der Deutsche manchmal schon eine Viertelstunde von seinem Wohnsitze im Dunkeln, wovon Hemmung

und Stockung, wenigstens Erschwerung des wechselseitigen Verkehrs die nothwendige Folge sein muss.

XV.

Über das Particularrecht des Grossherzogthums Oldenburg insonderheit (wie es im Jahre 1833 bestand).

Ist Mannigfaltigkeit des Rechts, und dass es auf historischen Grundlagen beruhe, ein Vorzug, wie manche neuere Rechtsgelehrte behaupten; so haben die Einwohner des Grofsherzogthums Oldenburg sich desselben in hohem Grade zu erfreuen.

Von den beiden separaten Fürstenthümern Lübeck und Birkenfeld hat jedes sein eigenes Particularrecht. Das des letzteren ist besonders merkwürdig, weil es den Code Napoleon als Landrecht und die ältere Oldenburgische Processordnung von 1802 [1]) mit dem sogenannten Deutschen gemeinen Rechte als subsidiarisch verbindet, was grofse Verwirrung besorgen lässt. Zugleich ist daselbst die Oldenburgische Hypotheken-, Concurs- und Vergantungsordnung und die Beamteninstruction, ingleichen das

---

1) Oldenburg hat eine verbesserte von 1824, und Lübeck eine darnach gebildete von demselben Jahre, so dass 3 Processordnungen gültig sind.

Oldenburgische Strafgesetzbuch eingeführt, wegen der Polizeivergehen aber der Französische Code pénal gültig geblieben. Zu gleicher Zeit galt im Fürstenthum Lübeck jenes Strafgesetzbuch noch nicht: sondern dasselbe hatte die Carolina behalten. Denjenigen Landestheilen, wodurch das eigentliche Herzogthum Oldenburg in neuerer Zeit vergrößert ist, sind ihre vormaligen Particularrechte geblieben. Vechta und Cloppenburg haben Münstersches Recht, Wildeshausen Hannöversches, letzteres Recht auch die von Hannover abgetretenen Theile der Kirchspiele Goldenstedt, Damme und Neuenkirchen [2]), mit Ausnahme derjenigen, welche sich darin seit der Abtretung auf Gemeindegründen neu anbauen, die wenigstens rücksichtlich ihrer ehelichen Güterverhältnisse sich nach Münsterschem Rechte richten sollen [3]). Der Herrschaft Jever ist ebenfalls ihr vormaliges Recht verblieben. Von keinem dieser beibehaltenen Particularrechte war eine Nachricht beim Oberappellationsgerichte vorhanden, was auch von dem des Fürstenthums Lübeck gilt, und es wurde daher wohl der Partei aufgegeben, dem Richter nachzuweisen, was Rechtens sei.

Allein auch im alten Herzogthume haben mehrere Landestheile ihre eigenen Gesetzbücher. In den Städten Oldenburg und Delmenhorst gelten uralte Bremer Statuten, wovon indess Vieles nicht mehr befolgt wird. Stadt- und Butiadingerland hat ein Landrecht von 1664, worin Stammgüter, welche zur Erhaltung der Familien (bürgerlichen Standes)

---

2) Gesetzsamml. III. 2. p. 138.

3) Ebendas. V. p. 374.

dienen sollen, mit eigener Successionsart und beschränkter Disposition des Eigenthümers eine Hauptrolle noch spielen, während die bessere Erkenntniss der neueren Zeit vom wahren Staatswohle dergleichen Institute sonst fast überall verbannt hat. Warum mag denn das Wohl von Stadt- und Butiadingerland erfordern, dass sie dort noch gelten, dass der verhasste, der Freiheit des bürgerlichen Verkehrs nachtheilige [4]) und deshalb im Organisationsdecrete vom 25ten Jul. 1814. §. 13. proscribirte Retract daselbst aus Verwandtschaft noch geübt werden kann, ferner dass das Laubgut (Pferde, Kühe, Kleider, Kleinodien, Bettgewand, Geschmeide, Kisten und Kasten, Wolle und Linnen) einer verstorbenen Frauensperson das weibliche Geschlecht erbt, und demselben durch Testament in der Regel nicht entzogen werden kann, dass der Sohn eine gröfsere Erbportion erhält, als die Tochter, dass Geschwisterkinder, wenn sie allein sind, von den Eltern ausgeschlossen werden, dass vor dem Prediger und 3 Zeugen testirt werden kann, dass die Bürgschaft der Frau für den Mann gültig ist u. s. w., da dies Alles im übrigen Herzogthume nicht der Fall ist, mit Ausnahme jedoch des Landes Wührden, sofern dessen Landrecht von 1446, vermehrt 1574, ebenfalls die Erbgüter der freien Disposition des Besitzers entzieht und den Retract aus Verwandtschaft zulässt. Das Stedinger Landrecht von 1446, resp. 1525, und das Ammersche Landrecht von 1614 sind nicht von Bedeutung.

Wegen des Rechts des Herzogthums Oldenburg

---

4) Glück XVI. p. 178. und der daselbst allegirte Weber.

hat man verschiedene Sammlungen. Die älteste unter dem Namen: Corpus Constitutionum Oldenburgicarum, mit ihren Supplementen ist vom Regierungsrath Joh. Christoph von Ötken verfasst und geht bis 1748. Die Vorrede zum Hauptbuche von 1722 hebt gar sonderbar folgendergestalt an: »Gleichwie kein Zweifel, dass diese Grafschaften den billigen Ruhm einer guten Regierung von jeher erworben; so müssen auch darin heilsame Verordnungen, worauf der Wohlstand eines Landes insonderheit beruhet, um so viel mehr ergangen sein, als die hohen Landesherren voraus gehabt und noch haben, dass sie von keinen Landständen gehindert werden können [5]), wie denn der ansehnliche ICtus Hahn u. s. w. ad Wesenbec. u. s. w. das Oldenburgische Messeredict (von 1638, wornach unter anderm demjenigen, der mit einem Messer Jemanden verwundete, dasselbe durch die Hand geschlagen werden und er damit 3 Stunden an einem Pfahle stehen sollte) an-

5) Diesen Vorzug, von keinen Landständen gehindert werden zu können, haben die Oldenburgischen Regenten noch jetzt (1833), indem die 1815 verheifsene landständische Verfassung noch immer nicht eingeführt wurde. Nur wird es in jetzigen Zeiten wohl von Wenigen mehr für einen solchen geachtet. Man hält vielmehr allgemein dafür, es sei besser, dass die Verhandlungen der Landstände darüber, wiefern ein Gesetzentwurf den Bedürfnissen des Volks entspreche, die Wünsche, Vorschläge und Klagen desselben an den Tag bringen, damit das Gesetz denselben anpasse, als dass die Gesetzgebung eine nicht selten ohne hinlängliche Kenntniss des Landes und seiner Bedürfnisse entworfene Arbeit weniger angestellten Beamten sei.

führet und solches notabilem [6]) constitutionem nennt.« Ein solches Raisonnement wird etwas weniger auffallend, wenn man in der Zueignung Supplementi I. an den König Christian VI. von Dänemark liest, dass der Verfasser sein Werk zu Seiner Königlichen Majestät geheiligten Füfsen lege. Ein drittes Supplement ist vom Canzleiassessor und Archivar J. H. Schloifer herausgegeben und geht von 1748 bis 1775.

In diesen Sammlungen kommen nicht viele eigentliche Gesetze vor; sondern meistens theils von dem Landesherrn, theils von den Oberbehörden herrührende Rescripte, Resolutionen, Befehle, Instructionen, Bestallungen, ingleichen der letzteren Beschlüsse, Decrete, Rundschreiben, gemeine Bescheide, Bekanntmachungen. Belehrungen in Civilsachen, von dem Obergerichte den Untergerichten ertheilt, finden sich verschiedentlich darin, welche Martin in s. Lehrb. d. bürg. Proc. (A. 7.) §. 64. mit Recht als die Instanzen verwirrend nicht für zulässig hält. Ferner enthalten sie Reichssachen, Staatsverträge, Privilegien, Statuten, Formulare, Taxen, Exercirreglements u. s. w. Für die fernere Zeit seit 1775 sind ebenfalls Sammlungen nach demselben Plane vorhanden. Die des Consistorialraths Lentz geht bis 1802 und eine von der Regierung 1826 veranstaltete bis 1811. Sie enthalten indess nur Auszüge und sind daher für die Gerichte nicht brauchbar, denen in l. 24. D. de LL. (1. 3.) verboten ist, anders, als tota lege perspecta zu entscheiden.

Das Ganze der bisher beschriebenen Sammlun-

---

6) Notabilis heifst ja nichts weiter, als merkwürdig, was ein unvernünftiges barbarisches Gesetz auch sein kann.

gen beträgt über 340 Bogen und enthält recht Viel, was nicht mehr anwendbar ist. Die Ausscheidung des verhältnissmäfsig wenig noch Geltenden durch die Gesetzgebung soll nach der Vorerinnerung der Regierung zu der letzten Sammlung grofsen Schwierigkeiten unterworfen sein. Hoffentlich werden diese durch eine unverweilte Reform der ganzen Gesetzgebung zugleich mit beseitigt.

Für die Zeit nach Vertreibung der Franzosen veranstaltete die Regierung nach dem Plane des Corpus Const. Oldenb. eine Sammlung der landesherrlichen Verordnungen und der Bekanntmachungen der Landesbehörden von allgemeinem und bleibendem Interesse in der Regel jedoch mit Ausnahme der besonders gedruckten Gesetze. Von den letzteren scheinen einige gar nicht publicirt zu sein, z. E. die doch gesetzliche Vorschriften enthaltende Beamteninstruction v. 26. Sept. 1814, ungeachtet eine landesherrliche Verordnung vom 19. eiusd. [7]) die Natur der Sache, wornach ein Gesetz nur dann vorhanden ist, wenn es durch einen Act öffentlicher Autorität bekannt gemacht wurde, noch ausdrücklich bestätigt.

Der jener Sammlung gegebene Titel: Gesetzsammlung für das Herzogthum Oldenburg: passt nicht allerdings. Denn einestheils enthält sie Vieles, wobei an gesetzliche Vorschriften gar nicht zu denken ist, z. E. landesherrliche Aufhebung eines Urtheils, Tabellen über die Vaccination, Bilanzen öffentlicher Rechnungen, Deductionen in Streitigkeiten mit anderen Staaten, Notizen sowohl aus dem Inlande über

---

7) Gesetzsamml. II. 1. p. 7.

das Taubstummeninstitut, die Badeanstalt zu Wangeroge, die Orte, wo herrschaftliche Hengste zum Beschälen stehen, u. s. w., als aus dem Auslande wegen der in Russland vermissten Militärpersonen, Einlassung von Reisenden, Durchlassung von Auswanderern, Zulassung auf Universitäten, Durchtreiben von Hornvieh, Erneuerung der Hypotheken, Leuchtthürme, Flaggen, Zölle u. s. w., ferner Warnungen, vor dem unvorsichtigen Gebrauche vor Hausmitteln, vor Quacksalbern, vor dem Aufeinanderlegen nicht gehörig trockner Brandschullen, vor falscher Münze u. s. w., Empfehlung von Vorsichtsmafsregeln, bei der Nässe des Heues, beim Trocknen des Flachses, bei Aufbewahrung der Asche, beim sogenannten Klootschiefsen (einem Spiel), Beschreibung des Milzbrandes beim Vieh u. s. w. Anderntheils versteht es sich von selbst, dass Bekanntmachungen der Landesbehörden keine Gesetze sind [8]). Häufig heifst es zwar in denselben, dass sie mit Genehmigung des Regenten ergiengen. Allein wenn man annimmt, dass derjenige, welcher die Gerechtsame eines Andern ausübt, sich durch die blofse Behauptung, der Berechtigte genehmige dies, nicht legitimiren kann; so dürfte die Anerkennung solcher Bekanntmachungen, als Gesetze, ihre Schwierigkeiten haben. Einmal [9]) findet sich gar eine Bekanntmachung eines Unterzeichneten, der nicht unterzeichnet ist, worin derselbe anführt, dass er von Seiten der höheren Polizeiinspection mit Genehmigung und Namens der Regierungscommission gewisse Verfügungen wegen Einstellung der Nacht-

8) Glück I. p. 164.
9) Gesetzsamml. I. p. 96 f.

schwärmereien ergehen lasse. Zu denselben gehört unter andern die Anordnung einer neuen Art von Curatel, der diejenigen, welche nach der bestimmten Zeit sich auf Erinnern des Wirths nicht entfernen, sofern sie auch noch Getränke verlangen, im Wiederholungsfalle unterworfen werden sollen. Gewiss war es hier vorzüglich nothwendig, unzweifelhaft zu constatiren, dass dies würklich der Wille des Gesetzgebers sei.

Übrigens ist man dem Plane, nur Bekanntmachungen der Landesbehörden von allgemeinem und bleibendem Interesse aufzunehmen, keinesweges getreu geblieben.

Bleibendes Interesse haben nicht die zeitigen Landestrauern, Ausfuhrverbote, Quarantäneanordnungen, wann das Eröffnen und Schliefsen der Jagd, die Feier von Nationalfesten, das Köhren der Hengste, die Conscription in bestimmten Jahren Statt hatte, und so vieles Andere. Wen interessirt es z. E. an sich, ob der Holländische Gulden 1821 innerhalb 3 Wochen erst um *einen* Groten herunter und dann wieder um ebensoviel herauf gesetzt wurde? Allgemeines Interesse kann sodann das nicht haben, was besondere Orte betrifft. Dergleichen findet sich Vieles in Ansehung der Stadt Oldenburg, z. E. Polizeivorschriften wegen des Walls, Anstellung eines Wallmeisters, Gassenreinigung, Reinhalten des Trottoirs, Ausbesserung des Pflasters, Nachtwächtergeld, Quartier- und Servicegeld, Eincassirung des Armengelds, Abgaben fremder Kaufleute auf den dortigen Jahrmärkten, Consumtionsabgabe, Bannrecht der herrschaftlichen Wassermühle, Leichenbegängnisse, Bau von Begräbnisskellern, Umschreibung der Kirchen-

stühle und Gräber, Collegium der Kirchenofficialen, Verkauf von Torf, Badeplätze, schnelles Reiten und Fahren, Aufbewahren von Theer oder Schiefspulver, Instruction des Schornsteinfegers, Beschädigung der Wege, Errichtung von Gebäuden und mehreres Andere. Wen z. E. als einige Einwohner des Kirchspiels Oldenburg kann es an sich interessiren, dass ihnen nach der Abdankung des Pastors Hespe die Freiheit ertheilt wird, einen andern Prediger daselbst zum Beichtvater zu wählen, während sie bis dahin bei seinem von einem Substituten versehenen Beichtstuhle bleiben mussten. Andere Localangelegenheiten kommen ebenfalls wohl, indess nicht so häufig, vor, z. E. das Legen der Dachpfannen im Dorfe Osternburg, Gröfse der Haspeln auf dem Ammerlande, die Wochenmärkte in Delmenhorst und Brake, die vom Amte mit Genehmigung der Regierung getroffene Einrichtung auf dem Stoppelmarkte bei Vechta, dass die Pferde nach Osten, das Hornvieh aber und die Schweine nach Westen stehen u. s. w.

Dergestalt ist diese Sammlung bis 1828 exclusive schon wieder auf etwa 120 Bogen in 5 Bänden angewachsen, welche der Unterthan, dem doch die Gesetze möglichst wohlfeil geliefert werden sollten, nicht anders, als zu dem hohen Preise von 2 ggr. in Gold für den Bogen erhalten kann, so dass jene 5 Bände schon ungefähr 10 Reichsth. in Gold kosten. Nimmt man nun die 340 Bogen der älteren Sammlungen dazu; so bedarf er 460 Bogen und noch der vielen überdies besonders gedruckten Gesetze, welche meistens die wichtigsten sind, um zu erfahren, ob das Oldenburgische Particularrecht

über einen Gegenstand verordnet habe oder nicht und was im ersteren Falle dasselbe darüber besage.

In neuerer Zeit sind wohl einige Stimmen laut geworden, welche darauf drangen, der Staat müsse seine Bürger nicht so sehr für unmündig halten, dass sie ihre Privatangelegenheiten nicht ohne Beihülfe der öffentlichen Behörden besorgen könnten. Diesen scheint eine Stelle in der Beamteninstruction und eine Regierungsverordnung nicht beizustimmen. In ersterer heifst es: »die Bestimmung und Pflicht des Amtmanns sei, der Vater seiner Amtseingesessenen zu sein.« Die Erfüllung einer solchen Pflicht scheint kaum möglich, wenn sie sich die Amtseingesessenen auch gefallen lassen wollten, wozu sie doch nicht gezwungen werden können. Gewiss wird auch in den Amtsdistricten, besonders in den Städten und gröfseren Orten, Mancher sich befinden, welcher nach Alter, Verstand, Kenntnissen und Erfahrung eher der Vater des Amtmanns als sein Sohn sein könnte. Mit der letzteren Verordnung hängt es folgendergestalt zusammen. Dem Amtmanne steht in seinem Amtsdistricte die Ausübung der willkürlichen Gerichtsbarkeit zu. Er soll seinen Amtseingesessenen in Errichtung der Documente über ihre Rechtsgeschäfte behülflich sein und dafür sorgen, dass sie gültig und deutlich verfasst werden, auch soll er Unkundigen über das Gesetz Unterricht ertheilen [10]). Um nun Jeden möglichst zu nöthigen, den Amtmann dergestalt für sich sorgen zu lassen, ungeachtet er vielleicht kein Ver-

---

10) Beamten - Instr. §. 40.

trauen zu demselben hat, auch wahrscheinlich dieser wegen anderer Geschäfte Zeit und Kraft auf die Behandlung mancher oft Tage und Wochen raubenden Geschäfte der freiwilligen Gerichtsbarkeit, z. E. bei Vermögensauseinandersetzungen, Erbtheilungen u. s. w., nicht verwenden kann [11]), hat die Regierung verordnet, dass die Namensunterschriften nur unter Vollmachten, Einwilligungen zu Ingrossationen und andern einseitigen, kurzen, deutlichen Erklärungen und Attestaten zu vorübergehendem Gebrauche, nicht aber die unter andern wichtigen Documenten beglaubigt werden sollen [12]). Diese Bestimmung ist dunkel, da man nicht sieht, ob die Worte »zum vorübergehenden Gebrauche« sich blofs auf Attestate oder auch auf Erklärungen beziehen und warum bei den andern Documenten das Wort »wichtige« steht, ob also etwa andere Documente auch beglaubigt werden können, wenn sie nicht wichtig sind. Für letzteres scheint eine weitere Verordnung zu sein [13]), indem sie sagt, die Beglaubigung sei bei wichtigen besonders zweiseitigen Documenten verboten. Sonach können wahrscheinlich wichtige Privatdocumente in der Regel gar nicht beglaubigt werden. Eine Ausnahme gilt für Vollmachten, Einwilligungen zu Ingrossationen und andere einseitige Documente, wenn sie kurz und deutlich sind. Vielleicht müssen sie auch nur zu vorübergehendem Gebrauche dienen sollen. In allen diesen Rücksichten, ob das Document für wichtig,

---

11) Arch. f. d. civ. Pr. p. 420.

12) Gesetzsamml. III. 3. 73.

13) Daselbst V. p. 199.

event. für kurz und deutlich zu halten, welches Alles sehr relativ ist, ob es nur zum vorübergehenden Gebrauche dienen müsse, ob es dies thue, ist man daher der Willkür des beglaubigenden Officials anheim gegeben. Die Staatsbürger sollen Privatdocumente errichten können, allein dann in der Regel nicht im Stande sein, die Richtigkeit ihrer Unterschrift aufser Zweifel setzen zu lassen, um künftigen verderblichen Processen über solche Richtigkeit vorzubeugen; sondern dieser Furcht sollen sie ausgesetzt bleiben, wenn sie sich nicht ans Amt wenden. Eher als dies möchte es richtigen Grundsätzen gemäfs sein, Privatdocumente ganz zu verbieten. Die Verbindlichkeit des Staats zum Schadensersatz wegen Versehen des Amts kann wohl in keinem von beiden Fällen zweifelhaft sein.

Übrigens ist die gerichtliche Bekennung zu Unterschrift und Inhalt in Deutschland von jeher bei allen und jeden aufsergerichtlichen Aufsätzen für eine sehr nützliche Cautel gehalten, wodurch vielen Weitläuftigkeiten begegnet wird, und diesem zufolge von den Regierungen nicht allein nicht gehindert, was auch nur der Gesetzgeber kann; sondern wohl gar gesetzlich vorgeschrieben worden 13a).

Unter den wenigen in der neueren Gesetzsammlung vorkommenden Verordnungen von allgemeinem und bleibendem Interesse verdient diejenige vom 10/20 Jul. 1820 über den Erwerb und Verlust der Eigenschaft eines Unterthans im Herzogthum

---

13a) Anweis. zur Abfassung rechtl. Aufsätze von v. Trütschler. (A. 2.) Th. 1. Hauptabth. 1. St. 3. §. 61.

Oldenburg und der Erbherrschaft Jever [14]) wegen der Wichtigkeit des Gegenstandes eine besondere Erwähnung. Sie soll die Ungewissheiten und Unzuträglichkeiten beseitigen, welche zuvor aus dem Mangel gesetzlicher Bestimmungen darüber entstanden; scheint indess diesem heilsamen Zweck noch nicht völlig zu entsprechen. Denn wenn sie §. 2. sagt: »die Eigenschaft eines Oldenburgischen Unterthans steht vermöge der Geburt einem Jeden zu, dessen Vater oder Mutter zu der Zeit, als er geboren wurde, in deren vollem Genufs sich befunden habe;« so vermisst man die Angabe, worin dieser volle Genufs denn eigentlich bestehe, ohne welche Wenige diese Bestimmung, worauf fast das ganze Gesetz beruhet, verstehen werden. Wenn es ferner in demselben §. heifst: »Bis zum zwanzigsten Lebensjahre zieht indess der Verlust der Eigenschaft eines Unterthans bei dem Vater oder der Mutter auch den Verlust derselben bei den Kindern nach sich;« so giebt dies wohl hinlänglich zu erkennen, dass in diesem ganzen §. statt »Mutter« eigentlich stehen sollte: »aufsereheliche Mutter.« Denn wie liefse es sich auch nur entfernt als möglich denken, dass z. E. eine mit einem Ausländer zur zweiten Ehe schreitende Oldenburgerin dadurch ihre mit einem Oldenburger erzeugten Kinder erster Ehe zu Ausländern machen könnte? Wo übrigens würklich Vorzüge mit dem Indigenat verbunden sind, scheint es überhaupt richtigen Grundsätzen schwerlich gemäfs zu sein, dass die Kinder solche durch Handlungen ihrer Eltern unwiederbringlich sollten verlie-

14) Gesetzsamml. B. 4. H. 2. p. 75.

ren können. Einer Ergänzung der Verordnung, welche die Regierung am 8/14 März 1827 bekannt machte [15]) und wornach die aus Deutschen Bundesstaaten gebürtigen Ausländer, welche um die Aufnahme als Unterthanen nachsuchen, eine Bescheinigung ihrer vaterländischen Behörde über die Entlassung aus dem Unterthanenverbande ihres Vaterlandes beibringen müssen, könnte die merkwürdige Idee Eichhorns in d. Einl. in das Deutsche Priv.-R. (a. 1.) §. 76., es widerspreche dem in der Bundesacte den Deutschen ertheilten Rechte, von einem Bundesstaate in den andern auszuwandern, gar nicht, dass sie ohne Bewilligung ihres bisherigen Landesherrn dergestalt nicht auswandern dürften, zum Grunde liegen, wenn sie anders gefasst wäre. Allein sie spricht nur vom Geburtslande, von der vaterländischen Behörde und dem Vaterlande, und es bleibt daher ungewiss, warum nur die in einem Bundesstaate gebornen und nicht die in einem solchen als Unterthanen aufgenommenen, und zwar erstere nicht von der Behörde des Landes, wo sie vielleicht zuletzt Unterthanen waren, sondern von der Behörde ihres Vaterlandes eine solche Bescheinigung beibringen sollen. Hart scheint es auch zu sein, dass, wie es häufig der Fall sein wird, Jemand eher aufhören soll, in dem Lande, wo er bisher war, Unterthan zu sein, ehe er weifs, ob er es in Oldenburg wird.

Manche das Publicum interessirende Vorschrift kam dennoch vor, welche weder in der Gesetzsammlung, noch separat gedruckt, noch auf andere Art bekannt gemacht wurde. So liefs z. E. die Ju-

15) Gesetzsamml. V. p. 384.

stizcanzlei am 17. April 1821 eine von ihr auch dem Oberappellationsgerichte mitgetheilte Belehrung über den Geschäftskreis des Contradictors in Concursen an die Landgerichte mit der Anweisung gelangen, sich solche zur Nachachtung dienen zu lassen. Darin wurde den bestehenden Einrichtungen und Verhältnissen gemäfs gefunden, dass der Contradictor

1) auch verbunden sei, sich über den Prioritätspunct, wo ihm Bedenklichkeiten vorkämen, zu äufsern und sein Gutachten darüber zu geben;

2) Rechtsbeistand und Rathgeber des Curatoris massae sei;

3) durch die interessirten Profitenten von den Verhandlungen pto. liquiditatis nach dem Präferenzurtheile ganz ausgeschlossen werden könne;

4) gegen nachtheilige Entscheidungen pto. liquiditatis im Prioritätsurtheile zwar Rechtsmittel einlegen könne, ohne dass jedoch ein Profitent sich darauf berufen dürfe, jener sei dazu schuldig gewesen, und ohne diese Rechtsmittel prosequiren zu können, was er vielmehr den interessirten Profitenten überlassen müsse;

5) puncto liquiditatis nicht Appellat sei, welches vielmehr die interessirten Profitenten wären.

Dieses Alles ist aber der Natur des Amts des Contradictors, welches allein darin besteht, die Richtigkeit der Forderungen zu prüfen und eventualiter zu bestreiten, was zum Vortheile sowohl des Gemeinschuldners, als der Gläubiger dient [16]), nicht gemäfs. Denn er hat darnach

16) Arch. f. d. civ. Prax. II. p. 353. Thibaut im Syst. d. P.-R. (A. 5.) §. 1232.

ad 1. mit der Priorität nichts zu thun [17]), also auch darüber dem Richter kein Gutachten zu geben, was zudem dem Verhältnisse des Anwalds zum Richter überall nicht angemessen ist;

ad 2. mit Verwaltung der Concursmasse eben so wenig [18]);

ad 3. 4. 5. ist es überhaupt oft nach dem Präferenzurtheile in Ansehung mancher Profitenten noch ganz ungewiss, ob sie interessirt sind, und müssten daher häufig ganz unnütze Kosten entstehen. In jedem Falle nützt der Sieg des Contradictors auch dem Cridar [19]). Daher muss sich jener

ad 3. nicht ausschliefsen lassen [20]) und ist

ad 4. 5. durch jede widerrechtliche Vergröfserung der Schuldenmasse beschwert [21]), daher

ad 4. in diesem Falle verbunden, zu appelliren [22]), und also natürlich auch berechtigt, zu prosequiren [23]), und muss

---

17) Schweppe Syst. d. Conc. (A. 1.) §. 130. Danz G.-S. d. summar. Proc. (A. 2.) §. 140. Dabelow v. Concurs. p. 577. 578. Thibaut a. a. O. §. 1233. Martins Lehrb. d. bürg. Proc. (A. 7.) §. 324. Hofacker pr. iur. civ. §. 4608. 4612.

18) Danz a. a. O. Dabelow a. a. O. p. 577. Martin a. a. O. §. 317. not. e. Hofacker §. 4608.

19) Schweppe §. 129. Arch. f. d. civ. Prax. II. p. 353.

20) Gensler ad Martin (ed. Morstadt) II. p. 273.

21) Gmelin üb. d. Appellation in Conc.-S. §. 19.

22) Danz G.-S. d. summar. Proc. §. 151. Gmelin a. a. O. u. d. das. not. 32. citirten, Klaproth, Stepf.

23) Gensler a. a. O. p. 273.

ad 5. als Appellat, wenigstens als Mitappellat betrachtet werden [24]).

In verschiedenen Rechtsmaterien, welche auf das allgemeine Wohl grofsen Einfluss haben, ist das Oldenburgische Particularrecht besonders abweichend, vorzüglich in den Lehren von den Vermögensrechten der Ehegatten, von der Erbfolge in Bauerngüter und von den Hypotheken, worüber daher hier noch Etwas gesagt werden soll.

Rücksichtlich der Vermögensverhältnisse der Ehegatten ist eine Königlich Dänische Verordnung, wodurch der Effect der Gemeinschaft der Güter unter den Eheleuten näher bestimmt wird, vom 30. Dec. 1754. für das alte Herzogthum Oldenburg ergangen [25]). Unter dieselbe sollen jedoch nach §. 9. alle und jede unter der Regierung und des Consistorii immediaten Jurisdiction stehende Bediente, Prediger und Unterthanen nicht mit gezogen werden; sondern selbige sich nach wie vor nach dem iure communi richten. Dahin gehörten auch alle auf freien Gründen wohnende Unterthanen. Dergleichen freie Grundstücke giebt es viele und zwar häufig von geringem Umfange, blofse Häuser, zwischen den pflichtigen verstreut, so dass es schwer hält, davon eine sichere Kenntniss zu erhalten, jetzt noch mehr, da die in Gefolge des Ressortreglements v. 15. Sept.

---

24) Gensler a. a. O. 272. 273. Gmelin a. a. O. §. 20.

25) C. C. O. Suppl. 3. p. 316. 317.

1814. §. 6. eingetretene vorläufige Aussetzung des privilegirten Gerichtsstandes noch fortdauert. Vielen wird es überdies gar nicht einmal einfallen, dass z. E. in einem und demselben Orte einzelne sich von den übrigen Einwohnern in Ansehung des Standes, der Lebensart und des Gewerbes gar nicht unterscheidende Eheleute in andern gesetzlichen Güterverhältnissen leben, weil ihr Wohnhaus weniger Abgaben trägt, wozu auch schwerlich ein Grund aufgefunden werden kann. In Ansehung der Angestellten mag ein Grund der Ausnahme immerhin auch fehlen; so ist man es doch schon gewohnt, dass diese Classe in Deutschland häufig ihr eigenes Recht voraus hat. Dennoch muss diese ganze Ausnahme ungeachtet der Aussetzung oder Aufhebung des privilegirten Gerichtsstands wohl bestehen bleiben, da rücksichtlich der Personen, welche sie befasst, die Gemeinschaft der Güter nicht hergebracht ist. Nach deren Eingange setzt aber jene Verordnung dies voraus und sie will nur zur Vermeidung der bisher häufigen Streitigkeiten nach den bisherigen landüblichen durch vielfältige praeiudicia bewährten Herkommen bestimmen, wie es künftig mit der Gemeinschaft der Güter unter Eheleuten in so weit gehalten werden soll, als die Frage entsteht, an welchen Orten die Regel: länger Leib länger Gut: das Erb- und Eigenthum und an welchen sie nur den Niefsbrauch auf Lebenszeit des überlebenden Ehegatten nach sich ziehen solle, da eben hierüber bei den Gerichten häufig Streit entstand. In dieser Rücksicht nennt sie denn die einzelnen Districte des alten Herzogthums, (mit Ausnahme von Stadt- und Butiadingerland, weshalb auf dessen Landrecht ver-

wiesen wird), in welchen entweder das Eine oder das Andere Statt findet.

Als Streit darüber entstanden war, ob eine ad secunda vota geschrittene Mutter den Nieſsbrauch ad dies vitae behalte, rescribirte nachher Jun. 30. 1755. die Regierungscanzelei dem Landgerichte zu Neuenburg, dass alle dergleichen specielle casus, da aus den eingezogenen Berichten befunden worden, dass solcherwegen die Gewohnheiten an vielen Orten unterschieden, zugleich in der Verordnung nicht entschieden werden mögen, sondern deshalb bei der bisherigen Observanz es billig gelassen werde [25a]). Daraus formirt v. Röſsing in d. concentrirten Rechtsfällen I. 14. §. 1. die Regel: Nähere Bestimmungen des Effects der Gemeinschaft der Güter beim Leben und Tode der Eheleute, bei ihrer Wiederverheurathung, wenn Kinder oder keine Kinder vorhanden u. s. w., beruhen auf dem zu erweisenden Herkommen eines jeden Orts. Wozu soll aber dann die Verordnung nützen? Man muss nämlich wissen, dass die Oldenburgischen Juristen auch das Verhältniss, wenn die Regel: länger Leib länger Gut: nur den Nieſsbrauch des überlebenden Ehegatten bewürkt, eine Gütergemeinschaft und zwar eine nieſsbräuchliche nennen. Gewöhnlich widerlegt man sich dadurch selbst, dass man annimmt, diese Gütergemeinschaft habe eigentlich nur einen wesentlichen Effect, nach dem Tode eines der beiden Ehegatten [26]), da doch bei jeder Gütergemeinschaft ein Gesammteigenthum, kraft dessen die Eheleute als eine juristische

---

25a) C. C. O. Suppl. 3. p. 318.

26) v. Röſsing a. a. O. I. 14. §. 3.

Person betrachtet werden, vorauszusetzen ist und das Vermögen der Frau für die Schulden des Mannes während der Ehe haften muss [27]), hingegen nieſsbräuchlicher Besitz am Nachlasse des Verstorbenen nur eine portio statutaria ist [28]). Nachdem jedoch das: länger Leib länger Gut, welches nur den Nieſsbrauch auf Lebenszeit für den überlebenden Ehegatten nach sich zieht, erst den Namen einer usufructuarischen Gütergemeinschaft erhalten hatte, konnte es wohl gar Jemandem einfallen, wie es auch wohl in Processen geschah, zu behaupten, diese Gütergemeinschaft involvire die Communion des Nieſsbrauchs von den beiderseitigen Gütern. Denkt man aber solchen Nieſsbrauch gesondert von dem Erwerbe durch Fleifs, wie doch geschehen müsste, da die communio acquaestus nur im Butiadingerlande Statt findet; so würde die Ausmittelung desselben und seiner Lasten in den meisten Fällen eine ganz unauflösliche Verwirrung verursachen. Daher kann eine rein nieſsbräuchliche Gütergemeinschaft nirgends vorkommen; sondern sie dient nur der Gütergemeinschaft wegen der Errungenschaft zur Grundlage [29]).

Auch beschränkt man wohl die ganze obige Verordnung auf kinderlose Ehen. Indess spricht sie doch von der Gütergemeinschaft im Allgemeinen, würde auch zur Verhinderung von Streitigkeiten wenig beitragen, wenn sie blofs wegen dieses doch verhältnissmäfsig seltenen Falls verordnete, wie sie

---

27) Eichhorns Einl. in d. Deutsche Priv.-R. (A. 1.) §. 298. 305. 306.

28) Daselbst §. 336. I. 5.

29) Daselbst §. 309.

denn auch sagt, dass die Regel: länger Leib länger Gut, in den Städten Oldenburg und Delmenhorst nach dem Stadtrechte das Erb- und Eigenthum in sich fassen solle, in welchem Stadtrechte aber hauptsächlich der Fall einer mit Kindern gesegneten Ehe abgehandelt wird. Wäre übrigens nach dem Gewohnheitsrechte die Regel: l. L. l. G.: nur bei kinderlosen Ehen im Gebrauche gewesen; warum hätte man denn im Butiadinger Landrecht a. 69. zu bestimmen für nöthig gehalten, dass dieselbe in besonderen benannten Grundstücken den Kindern unnachtheilig sein solle?

Beruhen nun die rechtlichen Güterverhältnisse der Ehegatten würklich ganz auf Ortsgewohnheiten: so sollte man denken, dass häufig darüber Beweis erfordert und geführt würde. Dies ist indess fast gar nicht der Fall; sondern man sucht den Aufschluss in alten kurz vor jener Verordnung erstatteten Berichten der Landgerichte, sogar eines Predigers, worin dieselben von dergleichen Gewohnheiten sehr mangelhaft und in folle sprechen, gewiss an sich und zumal nach so langer Zeit ein unsicherer, auch überhaupt ganz unzulässiger Beweis.

Nach dem, was v. Röfsing a. a. O. von den Gewohnheiten anführt, welche er für notorisch hält, haben sie sich theils sehr mangelhaft, theils ganz widersprechend gebildet.

Es soll darnach zwar angenommen sein, dass die Existenz oder Nichtexistenz der gesetzlichen Gütergemeinschaft sich nicht, wie mehrere Rechtsgelehrte wohl richtiger behaupten [30]), nach dem jedes-

---

30) Eichhorn a. a. O. §. 305. 308.

maligen Wohnorte, sondern nach dem ersten richte [31]). Allein über die wichtige Frage, ob es dritten Contrahenten schaden könne, wenn sie bona fide die Güterverhältnisse der Ehegatten nach ihrem jetzigen Wohnorte voraussetzen, während dieselben nach dem ersten Wohnorte oder nach nicht veröffentlichten Ehestiftungen anders sind [32]); wird das Gewohnheitsrecht ohne Zweifel stumm sein.

Man muss hoffen, dass die auffallende Gewohnheit, wornach die während der Ehe dem einen Ehegatten zugefallenen Vermächtnisse oder Erbschaften nicht zum Sammtgut gehören, wofür auch nur *ein* Praejudiz angeführt wird [33]), nicht werde erwiesen werden können [34]).

Ein Gleiches ist wegen der allen Verkehr fast umstürzenden Behauptung zu hoffen, dass der Ehemann ohne Consens der Frau nichts von dem gemeinschaftlichen Vermögen veräufsern oder mit Schulden beschweren könne [35]), was in der Regel alt hergebrachten Deutschen Ideen ganz zuwider ist [36]).

Für den Fall, wenn beim Absterben des einen Ehegatten Kinder da sind, soll der Vater, welcher in eigenthümlicher Gütergemeinschaft lebte, alles Eigenthum verlieren und nur lebenslänglichen Niefsbrauch behalten [37]). Eine sonderbare Folge des Erb- und Eigenthums, dass ihm solches gegeben wird, um

---

31) v. Röfsing I. 14. §. 2.
32) Eichhorn §. 305.
33) v. Röfsing a. a. O.
34) vergl. Eichhorn §. 306. not. b.
35) v. Röfsing a. a. O.
36) Eichhorn §. 294. 299. 306.
37) v. Röfsing I. 14. §. 4.

es zu verlieren! Viel besser ist in demselben Verhältnisse der Mann daran, welcher mit seiner Frau nur in sogenannter nieſsbräuchlicher Gütergemeinschaft lebte. Denn er behält sein Eigenthum und bekommt den lebenslänglichen Nieſsbrauch von den Gütern seiner Frau dazu [38]). Die nicht wieder verheurathete Wittwe, welche in eigenthümlicher Gütergemeinschaft lebte, soll mit ihren Kindern nur bis zur Groſsjährigkeit des Grunderben der geschlossenen herrschaftlichen Stelle, wenn eine solche im Gesammtgute vorhanden ist, in dem Sammtgute sitzen bleiben [39]). Wie kann aber das Vorhandensein einer solchen herrschaftlichen Stelle diese Würkung haben, welche die Groſsjährigkeit aller Kinder sonst nicht hat, und wie kann diese Würkung sich auch auf das übrige Vermögen und die übrigen Kinder erstrecken, welche vielleicht sogar noch minorenn sind? Man denke sich nur den Fall, zwei Wittwen sind in einem Sammtgute, jedes von $^{20}/_{m}$ Reichsthalern sitzen geblieben. In dem einen ist aber eine herrschaftliche Stelle von $^{1}/_{m}$ Reichsthalern und der Grunderbe majorenn. Nun verliert diese Wittwe, welche es besitzt, nicht allein wegen der $^{1}/_{m}$ Reichsthaler, sondern auch wegen der übrigen $^{19}/_{m}$ Reichsthaler den Beisitz, während die andere Wittwe gar nichts verliert. Eben so widersprechend ist dieselbe Einrichtung bei der sogenannten usufructuarischen Gütergemeinschaft, wo sie ebenfalls den Nieſsbrauch der Wittwe beendigen soll [40]), unge-

---

38) v. Röſsing I. 14. §. 5.
39) Daselbst §. 4.
40) Daselbst §. 5.

achtet der Gesetzgeber ihr denselben auf Lebenszeit ausdrücklich eingeräumt hat.

Muss die in eigenthümlicher Gütergemeinschaft lebende Wittwe mit ihren Kindern theilen; so erhält sie in der Regel Kindestheil vom Gesammtgute [41]). Hier wird leicht die Wittwe, die in sogenannter usufructuarischer Gütergemeinschaft lebte, sich weit besser stehen. Denn sie erhält ihr Vermögen heraus, von ihres Mannes Nachlasse Kindestheil, und was sie während ihres Nieſsbrauchs erübrigte, behält sie [42]).

Im Delmenhorstischen bestimmt man die Rechte des überlebenden Ehegatten, wenn Kinder vorhanden sind, der Natur der daselbst geltenden eigenthümlichen Gütergemeinschaft geradezu zuwider nach dem Unterschiede, ob die vorhandene herrschaftliche Stelle von ihm oder dem Verstorbenen herrührt, wobei die Frage entsteht, wie es denn zu halten sei, wenn eine solche Stelle gar nicht vorhanden ist.

Es ist leicht zu denken, dass man die Sammlung solcher Inconsequenzen noch sehr vermehren könnte, da jeder Ort sein eigenes Gewohnheitsrecht haben darf, so dass es Wege geben soll, auf denen man in einer Viertelstunde dreimal anderen Gewohnheiten begegnet, für die, welche Mannigfaltigkeit des Rechts lieben, gewiss eine angenehme Erscheinung. Die solche Gewohnheiten bildende Majorität der Einwohner ist aber an folgerichtiges Denken nicht gewöhnt, und nicht besser wird es, wenn die Rechtsgelehrten mit den wechselnden Theorien über die Natur der ehelichen Gütergemeinschaft oder mit fremdartigen

---

41) v. Röſsing §. 4.

42) Daselbst §. 5. Verzeichn. d. Verordn. I. p. 111.

Instituten, Vormundsbestellungen, Cautionen, Inventarisationen u. s. w. in diese Verwirrung eingreifen.

Das wichtigste Gesetz in Ansehung der Succession in Immobilien ist die sogenannte Brautschatzverordnung vom 28ten Febr. 1730 [43]). Sie bezweckt den Wohlstand der Besitzer von Bauernstellen und setzt eine Gewohnheit schon voraus, wornach eine solche Stelle nur *einer* der Erben (der Grunderbe) erhält, unter Vorzug des Mannstamms in einigen Districten die älteste, in andern die jüngste Person. Dieser Grunderbe findet die Übrigen von dem Gute mit Gelde ab, welches nach den älteren Verordnungen jedesmal von den Behörden willkürlich bestimmt wurde, die Brautschatzverordnung aber, weil der Zweck dergestalt nicht erreicht wurde, aufser wenigen andern kleinen Emolumenten, auf zwanzig Procent vom Werthe der Stelle setzt [44]). Es ist ausgemacht, dass der jedesmalige Eigenthümer unter Lebenden über dergleichen Stellen frei disponiren, sie mit Schulden beschweren und veräufsern kann [45]). Nur darf er sie ohne Consens der Cammer nicht zerstücken [46]), was indess keine Eigenheit dieser Güter ist, sondern bei adelichen Gütern ebenfalls

43) C. C. O. S. I. P. 2. N. 9. p. 10 f.
44) Prooem. §. 1. 3. 4.
45) C. C. O. P. 3. N. 68. p. 5. 7.
46) C. C. O. P. 4. N. 7.

Statt findet [47]). Rücksichtlich der Abfindlinge besonders auf den Todesfall ist indess seine Disposition durch die Brautschatzverordnung beschränkt, wovon nachher gesprochen und vorerst nur der Inhalt dieses Gesetzes als Vorschrift für die Intestaterbfolge betrachtet werden soll. Dass diese für die Abfindlinge sehr hart sei, ergiebt sich wohl von selbst. Man denke sich z. E. einen aus einer Bauernstelle von 5000 Reichsthaler Werth bestehenden Nachlass und 11 Kinder. Alsdann erhält das eine Kind 4000 und jedes der anderen Kinder nur 100 Reichsthaler. Es wäre zu bedauern, wenn das Wohl des Staats ohne solche Unbilligkeiten nicht bestehen könnte. Doch scheint die Regierung schon von sehr alten Zeiten her dieser Meinung gewesen zu sein, und nach Vertreibung der Franzosen beeilte sich die Gesetzgebung, noch vor der allgemeinen Aufhebung des Französischen Rechts diese Erbfolge wieder herzustellen. Es wurde zwar zu einer genauen Prüfung und ev. Verbesserung dieser Rechtsverhältnisse Hoffnung gemacht. Ein Resultat ist indess bisher nicht bekannt geworden [47a]). Die vormalige Regierungscanzlei, zugleich Regierungs- und Justizcollegium, hat häufig durch Rescripte auf diese Materie eingewürkt, welche Verfügungen in dem jetzt geltenden Oldenburgischen Particularrecht in systematischem Auszuge als gesetzliche Vorschriften aufgeführt sind, ungeachtet jene Behörde natürlich

---

47) C. C. O. P. 4. N. 8. Verordn. v. Nov. 9. 1810. Verzeichn. III. p. 209.

47*a*) Verordn. v. 10. März 1814. prooem. u. §. 5. Samml. I. p. 104 f.

keine gesetzgebende Gewalt hatte. Sie scheinen alle der Brautschatzverordnung nicht gemäfs zu sein, und überhaupt hat man von allen Seiten meistens den Grunderben noch mehr begünstigt, als es in jenem Gesetze schon geschah. Über letzteres möchte sich Mancher wundern, welcher das »propensior benignitas esse debebit in calamitosos« des Cicero (de officiis II. 18.), das »naturalis est pro laborantibus favor« des Quintilian, oder das »afflictio non est addenda afflicto« der Juristen gerade im Kopfe hat.

Dass eine solche singuläre Erbfolge in Ansehung eines von dem übrigen Nachlasse wenig verschiedenen Guts im Zusammenstofse mit der sonst geltenden Erbfolge des gemeinen Rechts mancherlei Schwierigkeiten und Weitläuftigkeiten erzeugen muss, z. E. wegen des Pflichttheils, wegen der Raten, worauf die Creditoren die Erben belangen können, u. s. w., lässt sich leicht denken. Dasselbe tritt rücksichtlich der häufig Statt habenden eigenthümlichen Gütergemeinschaft ein. Aber auch an sich enthält sie Stoff genug zu immerwährenden Streitigkeiten. Als Gegenstand derselben giebt die Br.-Sch.-V. pr. §. 1. herrschaftliche oder geschlossene Bauen, Erben und Kötereien an, auch wohl blofs herrschaftliche Bauen, Erben oder Kötereien (§. 1—7.). Dagegen hat die oben erwähnte Verordnung v. 10ten März 1814 geschlossene herrschaftliche Stellen[48]), und dies muss man wohl als richtig annehmen. Graf Anton Günther spricht ebenfalls im Butiadinger Landrechte v. 1664. art. 11. von unzertrennlichen Herrenländereien als Hauptgegenstand seiner Brautschatzverord-

48) Gesetzsamml. I. p. 108.

nung. Was ist aber eine geschlossene herrschaftliche Stelle, deren in mehreren Vogteien nach der BSV. §. 10. gar keine vorhanden sind, woran erkennt man sie und ihre Bestandtheile? Hierüber enthält das Gesetz sonderbarer Weise gar keine Auskunft. v. Röfsing in seinen Rechtsfällen II. p. 49. glaubt, eine geschlossene Stelle bildeten die ursprünglichen dazu gelegten Grundstücke, welche zusammenbleiben, nicht vermindert oder vermehrt werden sollten. Ob und wie es sich aber gehörig nachweisen lässt, welche von den jetzt vorhandenen Landstücken die ursprünglichen seien, bleibt ungewiss. Das blofse Zusammengeschriebensein in den Katastern kann es nicht ausmachen [49]). Grundstücke aufser den geschlossenen Stellen (Umland) werden nach gemeinem Rechte vererbt [50]). Daher die häufigen Streitigkeiten zwischen dem Grunderben und den Abfindlingen, ob Etwas Pertinenz der Stelle oder Umland sei. Man möchte fast sagen, bei dem Verbote der Dismembration wegen des öffentlichen Wohls müsse die Cammer hier ebenfalls als Partei betrachtet werden. Indess ist es nicht gewöhnlich, dass sie als solche auftritt. Dagegen behaupten die Grunderben nicht selten, der Erblasser habe Umland zu Pertinenz der Stelle gemacht, indem er z. E. das Haus darauf bauete [51]). Dann kann die Frage entstehen, ob dies in der Ausdehnung anzunehmen sei, dass dies Land ohne Consens der Cammer der Stelle würklich incorporirt sei, also die Abfindlinge

---

49) Struben de iure villicor. Cap. 3. §. 11 in f.

50) Br.-Sch.-V. §. 1.

51) v. Röfsing a. a. O. II. p. 48.

nur 20 Procent von dessen Werth erhalten können. Diese muss wohl unstreitig verneint werden, wenn man den Begriff einer geschlossenen Stelle mit v. Röfsing am oben allegirten Orte in dem Sinne nimmt, dass sie auch ohne Consens der Cammer nicht vergröfsert werden dürfe. Dieser Schriftsteller behauptet zwar II. p. 50. aus sichtlich unerheblichen Gründen, das Umland müsse dem Grunderben gleichfalls pro taxato gelassen werden. Diese Meinung ist indess nie in praxi allgemein angenommen. Einzelne Gewohnheitsrechte mögen dafür sein, besonders wenn diese Landstücke an der geschlossenen Stelle gelegen sind.

Diese Unterscheidung zwischen geschlossenen Stellen und Umland, auf welche die ganze B. S. V. gebauet ist, würde nun freilich grofsentheils über den Haufen fallen, wenn man einem C. C. O. S. 111. p. 319. befindlichen Regierungsrescripte an das Landgericht zu Neuenburg vom 1ten Dec. 1749. unzulässiger Weise gesetzliche Kraft beilegen wollte. Nach demselben soll nämlich, wenn mehrere geschlossene Stellen in einem Nachlasse vorhanden sind, nur *eine* davon dem Grunderben zu seiner Wahl zufallen, in den übrigen aber eine gleiche Theilung Statt finden. Denn dann würde sich die Succession nicht mehr darnach reguliren, ob ein Grundstück eine geschlossene Stelle wäre oder nicht. In dieselbe geschlossene Stelle würde bald nach der B. S. V., bald nach gemeinem Rechte succedirt, sie im letzten Falle, wie die B. S. V. in introitu annimmt und was sie gerade verhüten will, über Vermögen beschwert, im ersteren nicht. Das Grunderbrecht wäre nichts weiter, als ein ius optionis.

Dagegen hat man auf der andern Seite die B. S. V. auf mehr Gegenstände bezogen als sie befasst. Dass einmal in zwei Instanzen erkannt wurde, das in dem Nachlasse befindliche Kaufgeld einer geschlossenen Stelle sei nach der B. S. V. zu vertheilen [52]), hat wenig Interesse, weil es hoffentlich nicht wieder geschehen wird, da weder die Worte, noch die Absicht des Gesetzgebers auf diesen Fall passen.

Ziemlich allgemein pflegt man aber dem Grunderben Beschlag und Eingut, soweit es auf der geschlossenen Stelle vorhanden und erforderlich ist, zuzutheilen. Ob er dagegen den Abfindlingen Etwas oder gar nichts vergütet, ob ersteres in 20 Procent des Werths, oder in etwas Proportionirlichem, willkürlich Bestimmtem besteht, darüber scheint keine gleichförmige Praxis vorhanden zu sein [53]). Zu diesem Resultate ist man vermittelst der merkwürdigen Frage: Was soll der Grunderbe mit der Stelle anfangen, wenn er den erforderlichen Beschlag nicht darauf behält? gekommen. Anstatt darauf zu antworten, er muss sie verpachten, oder, wenn er sie selbst gebrauchen will, sich den nöthigen Beschlag anschaffen, hat man angenommen, er könne nichts damit anfangen, und weil er doch etwas damit anfangen solle: so müsse er den Beschlag behalten, ihm gebühre sonach ein fundus instructus. Wie wenig Geschick die classischen Römischen Juristen zu dergleichen Fragen hatten, ergiebt der Inhalt

---

52) v. Röfsing II. p. 56. Oldenb. Blätter verm. Inh. B. 1. p. 91.

53) v. Röfsing I. p. 87. II. p. 58.

l. 14. D. de supell. legat. (33, 9.), wo es heifst: »fundo legato instrumentum eius non aliter legato cedit, nisi specialiter id expressum sit. Nam et domo legata neque instrumentum eius neque supellex aliter legato cedit, quam si id ipsum nominatim expressum a testatore fuerit.«

Was die Personen betrifft, deren Verhältnisse die B. S. V. nach ihrem wörtlichen Inhalte regulirt: so glauben Manche, dies seien blofs die Descendenten, und es ist wahr, dass dasjenige, was darin und in den älteren Brautschatzverordnungen von Geschwistern vorkommt, füglich von dem Falle verstanden werden kann, wenn der Grunderbe seine Geschwister von einer elterlichen Erbschaft abfindet [54]), wie denn auch der Wittwe blofs ein *Kin*destheil zugelegt wird [55]).

Die Ausdrücke, dass die Abfindung bei jedem Erbfalle oder Generation geschehen solle [56]), könnte man als gleichbedeutend von jeder Generation verstehen. Allein wenngleich der Verfasser dieses Gesetzes den Fall der Abfindung der Kinder als den gewöhnlichen hauptsächlich vor Augen gehabt haben mag; so wäre es doch ganz überflüssig gewesen, §. 1. zu bemerken, dass des Erblassers Umland auf seine gesammten Geschwister ab intestato vererben könne, wenn von der Abfindung der Geschwister, als solcher, von einer geschlossenen Stelle in dem Gesetze gar keine Rede wäre. Eben so spricht man

54) Verordn. v. 1690. C. C. C. P. 2. N. 12. p. 17. B. S. V. §. 1. 3. 4.

55) B. S. V. §. 5.

56) B. S. V. §. 1.

im gemeinen Leben nur von den Kindern als Grunderben, weil sie es am gewöhnlichsten sind, von dem ältesten Sohne [57]), von dem ältesten oder jüngsten Sohne, ev. der ältesten oder jüngsten Tochter [58]). Nach Inhalt und Zweck der B. S. V. ist daher wohl nicht zu zweifeln, dass sie alle Erbfälle befasse. Sonst müsste man ja wider den letzteren in allen Successionsfällen, aufser denen in absteigender Linie, das gemeine Recht einer gleichen Succession zur Anwendung bringen, weil es nirgends ausgeschlossen wäre. Sonderbar ist es daher, dass die Gegner dennoch in Erbschaftsfällen der Seitenverwandten (an in aufsteigender Linie sich ereignende denken sie nicht) dem Ältesten resp. Jüngsten ein ausschliefsliches alleiniges Erbrecht zuschreiben, wohl gar eine Linealsuccession behaupten, vermöge deren eine Person erbt, welche sonst nach gemeinem Rechte nicht erben kann, weil sie von Andern im Grade näheren ausgeschlossen wird, um unsere Bauern mit Kurfürsten und Fürsten gleichzusetzen [59]). Für die Behauptung, es falle alle Abfindung weg, giebt man einen so allgemeinen Grund an, dass sich darauf kaum etwas erwiedern lässt. Nur an den Fall denkend, dass der Erblasser die Stelle aus einer elterlichen Erbschaft erhalten hat, und nicht an den, dass er sie auf andere Art erwarb, sagt man, dass die Beschaffenheit eines Meierguts oder einer herrschaftlichen Stelle eine wiederholte Ausberathung nicht gestatte [60]), dessen Gegentheil bei Gebr. Over-

---

57) C. C. O. S. 111. p. 319.
58) v. Röfsing II. p. 45.
59) Derselbe III. p. 46. 47.
60) Derselbe II. p. 57.

beck Med. 325. von zwei Juristenfacultäten erkannt wurde. Und was das volle Eigenthum der Besitzer unserer geschlossenen Stellen mit einem dem Allodio entgegengesetzten Colonat- oder Meierrechte zu thun hat, sieht man auch nicht ein, wenn man die Beschreibung des letzteren bei den Lehrern des Deutschen Rechts [61]) vergleicht. Vielleicht haben sich unter den Fremden, welche Richterstellen im Oldenburgischen bekleideten, mehrere aus Ländern befunden, worin die Meiergüter häufig sind, und sich daher verleiten lassen, sie auch hier vorauszusetzen. Am sonderbarsten wird die Idee, wenn man die gleiche Theilung der zweiten in der Erbschaft befindlichen Stelle annimmt. Denn dann wäre dasselbe Gut bald Allodium, bald Colonat oder Meiergut.

Stirbt der Grunderbe vor dem Anfalle: so statuirt man auch das ius repraesentationis des gemeinen Rechts, jedoch oft sehr zum Nachtheile der Abfindlinge. Denn man lässt das eine Kind in seine Stelle als Grunderbe und die übrigen in seine Stelle als Abfindlinge treten, anstatt dass eine zweimalige Abfindung hier der einzig mögliche Weg zu sein scheint.

Um das Quantum der Abfindung auszumitteln, soll die geschlossene Stelle durch gerichtlich zu beeidigende Taxatoren geschätzt werden. Auch dieserhalb können sich leicht Streitigkeiten erheben, z. E. über die Zeit, nach welcher der Werth zu bestimmen ist, ob nach der des Todes des Erblas-

---

61) z. E. Eichhorn in d. Einl. in das Deutsche Privatrecht. (A. 1.) §. 257. 259.

sers, oder der des Antritts des Grunderben, oder der der Theilung. v. Röfsing nimmt ersteres a. a. O. II. p. 51. an, dagegen II. p. 56., dass Gewinn und Verlust bis zur Theilung gemeinschaftlich sei. Man kann ebenfalls leicht darüber uneinig sein, welche Grundsätze wegen der Wirthschaftsgebäude zu befolgen sind [62]), bei Abziehung der Lasten, welche real und welche persönlich sind, wie es wegen der aufserordentlich vorgekommenen oder erst nach der Theilungszeit entstandenen zu halten sei, ob und in wiefern eine Wiederholung der Schätzung verlangt werden könne, ob der Kaufpreis einer vor der Theilung veräufserten erbschaftlichen Stelle deren Werth bestimme [63]) u. s. w. Von dem Taxato soll die auf dergleichen herrschaftlichen Stellen haftende erweislich wahre Schuldenlast abgezogen werden [64]). Es ist schwer zu begreifen, wie es hier einen andern richtigen Mafsstab geben könne, als dass die Schulden auf das ganze Vermögen an Stellen und Nichtstellen nach geometrischer Proportion des Werths vertheilt werden. »Aes alienum est enim universarum facultatium — patrimonium totum imminuere constitit [65]).« Dann trügen von der auf die geschlossene Stelle fallenden Schuld der Grunderbe 80, die Abfindlinge 20 Procent. Die auf das übrige Vermögen fallende trügen alle Erben pro rata gleich. Die Regierungscanzelei hat aber 1772 rescribirt, die Schulden seien aus den vorfindlichen Forderungen

---

62) vergl. v. Röfsing II. p. 51. 52.

63) vergl. das. p. 56.

64) B.S.V. §. 1.

65) l. 50. §. 1. D. de iudic. (5. 1.)

und Capitalien, oder den aufser der geschlossenen herrschaftlichen Stelle vorhandenen Immobilien und Umländereien zu bezahlen und wenn sie dadurch nicht völlig getilgt werden könnten, auf die geschlossenen herrschaftlichen Bauen nach geometrischem Verhältnisse zu vertheilen, welche Bestimmung in dem Old. Particularrecht §. 247. ohne Grund unter die gesetzlichen Vorschriften aufgenommen wurde, indem die Regierungscanzelei nicht befugt war, so etwas zum Schaden der Abfindlinge vorzuschreiben, der Inconsequenz in Ansehung der zweiten Stelle, nach einem älteren Rescripte der Regierung ebenfalls Umland, nicht einmal zu gedenken.

Die Illaten der Ehefrauen, deren Erstattug durch die B. S. V. §. 5. noch ausdrücklich zugesichert wurde, müssten eben wie andere Schulden aus dem ganzen Vermögen erfolgen. Dagegen rescribirte die Regierungscanzelei 1772, die Kinder könnten der Mutter Eingebrachtes nur zurückfordern, so weit es noch würklich vorhanden sei. Selbst wenn es ins Meiergut verwandt wäre, könnten sie es nicht [66]). Im letzteren Falle, sagt v. Röfsing a. a. O. II. p. 62., bekommen die Kinder dadurch, dass sie ihre Abfindung von der Stelle erhalten, auch zugleich ihren Antheil von dem darin steckenden mütterlichen Vermögen, und würden sie also gedoppelt participiren, wenn der Grunderbe aus der väterlichen Bau auch überher das Eingebrachte der Mutter, wodurch die Stelle verbessert, also der abgehenden Kinder Antheil gröfser geworden, zur gemeinen Theilung hergeben sollte. Um dies Räsonnement zu würdigen, stelle man

---

66) Oldenb. Part.-R. §. 253.

sich den Fall vor, es bestände der ganze Nachlass aus einer geschlossenen Stelle 5000 Reichsthaler an Werth, in welche 5000 Reichsthaler Illaten verwendet wären, und es wären ein Grunderbe und ein Abfindling vorhanden. Richtig müsste diese Schuld von dem Werthe der Stelle abgehen, was bei jener Argumentation ganz übersehen ist, welcher dadurch absorbirt würde und der Abfindling erhielte als Gläubiger 2500 Reichsthaler und sonst nichts. Dagegen soll er anstatt dessen 20 Procent, macht 1000 Reichsthaler, erhalten. Dadurch dass er diese 1000 Reichsthaler empfängt, erhält er doch unmöglich seinen 2500 Reichsthaler betragenden Antheil an dem darin steckenden mütterlichen Vermögen. Wollte er nun noch überher die Hälfte der ganzen Illaten mit 2500 Reichsthaler vom Grunderben verlangen; so würde er freilich zwar nicht gedoppelt aber doch mehr, als ihm zukäme, erhalten. Er muss aber auf seine 20 Procent ⅕ der Illaten als Schuld übernehmen, kann also von dem Grunderben nur noch 1500 Reichsthaler zu seinem Antheile verlangen, welches wiederum zusammen jene 2500 Reichsthaler ausmacht.

Diese bisher in ihren Hauptzügen geschilderte Rechtsverfassung hatte zur Folge, dass weitläuftige Erbtheilungsprocesse zwischen Landleuten im Oldenburgischen von jeher zur Tagesordnung gehörten. Besonders in Zeiten, worin die Grundstücke im Werthe sehr gestiegen waren, wünschten die Abfindlinge soviel, als möglich, zu retten, welchen Bemühungen der von allen Seiten begünstigte Grunderbe, welcher sich gewöhnlich gleich Anfangs in den Besitz des ganzen Nachlasses gesetzt hatte, entgegenstrebte. Der streitigen Puncte waren viele, welche selten

nach einer strengen Ordnung zusammen, sondern so wie einer nach dem andern in Anregung kam, verhandelt wurden. Die Entwickelung dieser Verwirrung erforderte grofse Thätigkeit der Gerichte, welche sich nicht immer fand, und so war es nicht ungewöhnlich, dass die Enkel der Abfindlinge, häufig doch nur durch Vergleich, erst dasjenige erhielten, was schon ihre Grofseltern hätten erhalten sollen.

Schliefslich ist, wie schon oben erwähnt wurde, die Brautschatzverordnung ebenfalls ein verbietendes Gesetz im Interesse der Herrschaft [67]). Gröfsere als vorschriftsmäfsige Abfindungen sollen weder durch Contracte versprochen und bedungen, noch durch letzte Willensverordnungen vermacht werden dürfen. Damit nun dieses nicht geschehe, sollen bei dergleichen Contracten oder Testamenten die Beamten zugezogen werden, um dahin zu sehen, dass diesem nicht zuwider gehandelt werde, die Ansätze zu approbiren oder zu mäfsigen, welche sonst ohne Effect sind [68]). Die B. S. V. §. 10. setzt gar Confiscation des zuviel Ausgelobten und willkürliche Strafe der Contravenienten fest. Die Regierungscanzelei spricht zwar von der nothwendigen Concurrenz des Beamten an einem Orte [69]) bei allen Ehestiftungen und Testamenten der Bauerpflichtigen und an einem andern [70]) beim Testamente des auf einer herrschaftlichen Stelle angesessenen Eigenthümers. Indess scheint es unbedenklich blofs darauf anzukommen,

---

67) C. C. O. Suppl. III. p. 319.
68) C. C. O. P. 2. N. 12. 14. 15.
69) C. C. O. S. 1. P. 2. N. 8.
70) C. C. O. Suppl. 3. p. 319.

ob über eine Abfindung disponirt wird, ohne Unterschied ob derjenige, welcher die Verfügung trifft, auf freien oder pflichtigen Gründen wohnt. Eine Verordnung in C. C. O. P. 2. N. 15. deutet darauf hin, dass die Competenz sich nach dem Wohnorte regulire, ohne dass man einsieht, wie ein Beamter von nicht in seinem Districte gelegenen Gütern die gehörige Kenntniss haben könne. Wie soll es nun aber der Beamte anfangen, um das richtige Quantum herauszubringen? Ist es etwa möglich, dass er für sich eine ganze Erbtheilung anstelle, wobei das gesammte übrige Vermögen aufser der Stelle auch in sofern in Betracht kommen muss, als man annimmt, dass das Mehr der Abfindung bestehe, wenn es aus dem sonstigen Vermögen erfolgen kann [71]), und während ihm der Zeitpunct, wann sich der Tod des Erblassers ereignen werde, wornach sich Alles regulirt, unbekannt ist, dies Alles vielleicht in der Geschwindigkeit, wenn ein Kranker seinen letzten Willen errichten will? Die Befugniss einer öffentlichen Behörde, einzelnen Unterthanen in sich ergebenden Fällen vorzuschreiben, wie sie über ihr Vermögen disponiren sollen, ist überhaupt für die bürgerliche Freiheit zu nachtheilig, welche vielmehr erfordert, dass ein künftiger Richter beurtheile, wiefern gesetzmäfsig verfügt sei.

In einem landesherrlichen Rescripte, welches sich in suppl. 111. C. C. O. p. 320. findet, wird als richtig vorausgesetzt, ein Vater könne respectu successionis in den von ihm herrührenden Bauen oder

71) v. Röfsing II. p. 54 f. Oldenb. Blätt. verm. Inh. B. 2. p. 320.

Erben dem iuri statutario derogiren und einem von seinen Kindern Haus und Hoff nebst zugehörigen Ländern per testamentum nach Gutfinden vermachen. Man geht einen Schritt weiter und behauptet, ein Hausvater könne rechtsbeständig den Verkauf seiner Stelle und gleiche Theilung des Kaufschillings letztwillig verordnen [72]). Allein da Gesetz [73]) und tägliche Erfahrung ergiebt, dass geschlossene Stellen im Eigenthume Mehrerer sein können; so fragt es sich, warum ein Erblasser eine solche nicht allen seinen Intestaterben oder Mehreren davon gemeinschaftlich vermachen kann, da ihm dies doch in Ansehung fremder Personen freisteht.

Die Wichtigkeit des Hypothekenwesens als Gegenstand der Gesetzgebung wird in jetziger Zeit allgemein anerkannt. Bei einem schlechten Hypothekensystem sagt Thibaut in den civil. Abhandl. p. 310. stockt das Blut in allen Adern des Staats, während kräftige einfache Gesetze über diesen Punct Regsamkeit und frisches Leben durch alle Theile des Ganzen verbreiten.

Mit Aufhebung des Französischen Rechts (1814) trat eine neue Hypotheken-, Concurs- und Vergantungsordnung für das Herzogthum Oldenburg in Kraft. Gleich bei dem §. 1. derselben möchte Manches zu erinnern sein. Es heifst daselbst:

---

72) Oldenb. Part.-R. §. 257. not. **.
73) C. C. O. P. 3. N. 82.

ein Jeder, der den Gesetzen nach die freie Verwaltung seines Vermögens hat, kann in den ihm eigenthümlich zugehörigen Gütern eine gerichtliche Hypothek bestellen lassen.

Es kann ja aber Jemand, der die nicht freie Verwaltung des Vermögens eines Andern hat, unter Bedingungen diese ihm selbst nicht gehörigen Güter verpfänden, z. E. der Vormund mit obervormundschaftlicher Genehmigung. Sodann giebt es Fälle, worin auf der einen Seite eine auf fremdem Gute bestellte Hypothek gültig ist oder wird, auf der andern eine auf eigenthümlichen Gütern bestellte nicht gilt [74]).

Eine Hypothek erhält man dadurch, dass man die Schuld in die Hypothekenbücher auf den Namen des Schuldners eintragen (ingrossiren) lässt (§. 3.). Der Rang richtet sich nach der Zeit des übergebenen Gesuchs (§. 6.). Das Recht, diese Eintragung zu verlangen, ertheilt entweder der Schuldner, oder das Gesetz unmittelbar, oder der Richter (§. 5. 12—16.). Eines pignoris testamentarii wird gar nicht gedacht, ungeachtet die Gesetzgebungen es gewöhnlich haben [75]). Da die Specialhypothek nur in einem einzelnen Falle vor älteren Generalhypotheken in Immobilien den Vorzug hat (§. 2. 3.); so beruht im Übrigen Alles auf den letzten. Sie afficiren nur diejenigen Mobilien, welche bei angelegtem Arreste oder entstandenem Concurse noch beim Schuldner vorhanden sind (§. 20.). Doch hat auch dann derjenige, dem der Schuldner eine Specialhypothek auf

74) Gesterdings Lehre v. Pfandrecht. §. 9. 10.

75) Glück XVIII. p. 186.

Mobilien bestellte, welche ingrossirt wurde, ein Separationsrecht, wenn der Debitor sie nicht noch einem Gläubiger zum Faustpfand gab, der sich dann in den Concurs gar nicht einzulassen braucht (§. 20. 50 c). Letzteres ist mit dem guten Glauben, so wie mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen schwerlich vereinbar [76]). Nach einer nachherigen Bestimmung im Processreglement p. 37. wird selbst der Generalarrest den Hypothekarien in soweit nicht helfen, als dennoch die Vollstreckung früher erkannter Pfandungen dadurch nicht sistirt wird [77]). Um die Hypothekarien wegen der Mobilien möglichst zu sichern, soll die Veräufserung der ganzen fahrenden Habe oder eines Theils derselben, welcher im juristischen Sinne den Immobilien gleich gerechnet zu werden pflegt, z. E. eines ganzen Waarenlagers, einer ganzen Apotheke, Bibliothek, ohne vorgängige Publication nichtig sein (§. 20.). Dieser Zweck wird aber kaum je erreicht werden, da es ja leicht ist, ein oder anderes Stück auszunehmen, was in Ansehung der nothdürftigen Kleider und Geräthe wohl stets Statt haben wird. Allein was hat denn das Oldenburgische Pfandrecht auf Immobilien für Würkung? Nach gemeinem Rechte kann man wider jeden Besitzer auf Herausgabe des Verpfändeten klagen [78]). Diesem Grundsatze gemäfs ist auch §. 111.

---

76) Thibaut civ. Abh. p. 321. Gensler zu Martin (ed. Morstadt) §. 311. p. 239.

77) Dergleichen Pfändungen werden im Oldenburgischen so streng ausgeführt, dass nicht einmal die nothdürftigen Betten und Kleidungsstücke ausgenommen sind. Beamten-Instr. §. 34. n. 2. 4.

78) Thibaut S. d. P.-R. §. 664.

angenommen, dass bei unterbliebener Convocation alle Ansprüche Anderer an privatim gekaufte Grundstücke in Kräften bleiben und auf deren Verlangen selbige bei einem wider den Verkäufer in der Folge etwa entstehendem Concurse mit zur Concursmasse gezogen und den Käufern in Ansehung des etwa bezahlten Kaufgeldes nur die Rechte eines Gläubigers bei dem Concurse zugestanden werden [79]). Auch bei freiwilligen öffentlichen Verkäufen wird der Zuschlag nicht anders, als mit Einwilligung der Hypothekarien ertheilt, insofern diese nicht alle aus der gebotenen Summe befriedigt werden können (§. 94.). Dagegen heifst es (§. 21.).

Nur ingrossirte Gläubiger, nicht aber chirographarische, können gegen den Verkauf eines einzelnen Grundstückes des Schuldners protestiren, sofern derselbe unter dem ordentlichen Mittelpreise beabsichtigt werden sollte. Übrigens können sowohl sie darauf dringen, dass die aus dem verkauften Grundstücke gelöseten Gelder dem Verkäufer nicht zu Händen kommen, sondern nach Ordnung der Ingrossation an sie ausbezahlt werden, als auch die chirographarischen, dass das Überbleibende zu ihrer Befriedigung verwandt werde. Auch steht es den einen, wie den andern, frei, zur Hemmung eines Verkaufs von Grundstücken ihres

---

79) Letzteres kommt hier nicht in Betracht. Sonst ist es freilich auffallend, dass solche Grundstücke zum Concurs des Verkäufers gezogen werden sollen, anstatt dass die Pfandgläubiger dieselben gegen den Käufer act. hypothecaria verfolgen müssten.

Schuldners, wodurch sie Gefahr laufen, ihre Forderungen zu verlieren, auf den generalen Concurs anzutragen.

Wie können nun aber Pfandgläubiger gegen die Veräufserung des verhypothecirten Grundstücks protestiren, selbst wenn der Schuldner es verschenken will [80]), da der Verpfänder das Recht, zu veräufsern hat, wenn nicht das Gegentheil besonders bedungen wurde [81])? Auch brauchen sie es nicht, weil ihnen die Veräufserung unnachtheilig ist, indem ihr Pfandrecht mit übergeht [82]). Sollte §. 21. im Widerspruche mit §. 94. und 111. andeuten können, die Hypothekarien müssten mit dem Kaufpreise statt des Grundstücks zufrieden sein? Dann möchte doch wohl das Object näher bestimmt werden, da im Anfange von einem einzelnen Grundstücke, am Ende von mehreren Grundstücken die Rede ist, über den Begriff eines einzelnen Grundstücks leicht gestritten werden kann, auch viele einzelne Grundstücke einzeln nach einander verkauft werden können. Über den Unterschied zwischen dem ordentlichen und auferordentlichen Mittelpreise fehlt ebenfalls aller Aufschluss. Wegen des Übergangs der Hypotheken enthält §. 22. folgende Bestimmung:

---

80) l. 15. C. de pignor. (8. 14.)

81) l. 10. C. de remiss. pignor. (8. 26.) Nov. 112. c. 1. l. 7. §. 2. D. de distract. pign. (20. 5.) Glück XVI. p. 57. XVIII. p. 181. 209. 374. 380. Thibaut S. d. P.-R. §. 667. Wening-Ingenheims Lehrb. d. g. Civ.-R. II. §. 153.

82) l. 8. §. 15. D. quib. mod. pign. (20. 6.) l. 14. 15. C. de pignor. (8. 14.) l. 1. C. si antiq. cred. (8. 20.) l. 18. §. 2. D. de pign. act. (13. 7.) Glück IV. p. 91. 92. XVIII. p. 320. 331. XIX. p. 143. 425.

Um sowohl die Geldumsätze überhaupt, als auch einem jeden Schuldner die Mittel zur Bezahlung seines Gläubigers möglichst zu erleichtern, und dem Geldwucher Schranken zu setzen, soll in Zukunft jeder Gläubiger, gegen völlige Bezahlung seiner Forderung cum omni causa, zur Cession derselben und des darauf erlangten Hypotheken- und Ingrossationsrechts verbunden sein. Wie denn auch alle dagegen anlaufende Verabredungen — nichtig — sein sollen.

Man möchte beim ersten Anblicke glauben, als ob Jedermann eine solche Cession verlangen könnte, wodurch aber die Verordnung sich selbst aufhöbe, indem der Cessionar vom Cedenten gleich wieder angehalten werden könnte, zurück zu cediren. Es wird daher wohl das Verlangen des Schuldners vorausgesetzt sein, worauf auch die Motive meistentheils hindeuten. Dass aber der Schuldner den Gläubiger in der Regel zur Cession zwingen kann, scheint der Natur der Sache nicht gemäfs zu sein [83]), auch eine Härte gegen den Gläubiger zu enthalten. Bei der Unsicherheit unseres Rechts kann die Gültigkeit mancher Hypothek, Bürgschaft u. s. w. bestritten werden und der Ausgang zweifelhaft sein. Wird nun die Forderung getilgt: so ist der Gläubiger der Sorge deshalb entledigt. Als zur Eviction verbundener Cedent bleibt er dagegen auf unbestimmte Zeit Weitläuftigkeiten deshalb ausgesetzt. Auch wäre es kein Wunder, wenn am Ende eine ordentliche Jagd nach Cessionen entstände.

---

83) Thibaut S. d. P.-R. §. 76.

Eine Hypothekenordnung ist wohl um so vollkommener, je mehr sie es Jedem möglich macht, die Sicherheit, welche sein Vermögen würklich giebt, zum Vollen zu benützen, um sich Credit zu verschaffen. Dazu gehört aber

1) ein leichtes Mittel, um die Person des jedesmaligen Eigenthümers zu constatiren.

2) dass die Entstehung von Hypotheken möglichst von ihm allein abhange und keine dem Werthe nach unbestimmte Hypotheken die Vergleichung mit der Sicherheit unmöglich machen, auch leicht nachzuweisen sei, welche Hypotheken bereits vorhanden sind.

3) dass derjenige, welcher creditiren will, gewiss sei, diejenige Stelle unter den Hypothekarien zu erhalten, welche er bezweckt.

4) dass er sein Recht in einem künftigen Concurse ohne Schwierigkeit würksam machen kann.

In allen diesen Rücksichten ist die Oldenburgische Hypothekenordnung von der Vollkommenheit noch sehr entfernt.

ad 1. Wo nur Specialhypotheken auf bestimmte Grundstücke eingetragen werden können, ist damit wohl eine Einrichtung verbunden, dass das Eigenthum durch das Hypothekenbuch in Gewissheit gesetzt wird. Daran ist hier natürlich nicht zu denken, weil Generalhypotheken Statt haben, daher bei weitem die gewöhnlichsten sind und, so wie die Specialhypotheken, auf den Namen des Schuldners eingetragen werden. Derjenige, welcher fidiren will, muss daher jedesmal eine oft weitläuftige, in die Vorzeit zurückgehende, Untersuchung anstellen, was derjenige, welchem er borgen will, an Grundstü-

cken, auf welche es hier nach Obigem fast allein ankommt, habe, und wird häufig zu einem sichern Resultate nicht gelangen, eigentlich wohl nie. Denn da der Übergang der Grundstücke aus einer Hand in die andere keinen öffentlichen Act erfordert; so kann das Grundstück, worauf gerechnet wird, schon vor der Ingrossation veräufsert sein.

Ferner kommt es sehr darauf an, ob der Eigenthümer auch durch die Rechte Anderer dergestalt beschränkt sei, dass die Sicherheit dadurch gefährdet wird. Hier hat die Hypothekenordnung einige Vorsorge getroffen, indem sie §. 4. Folgendes verordnet:

Um aufser den Hypotheken auch andere Realrechte an fremdem Eigenthum, so weit bei der gegenwärtigen Verfassung möglich, erkennbar zu machen, und den Creditoren in dieser Hinsicht Sicherheit zu verschaffen, wird hierdurch verordnet, dass alle errichtete Fideicommisse und Familienstiftungen, alle Verträge, wodurch das Eigenthum, oder das Vorkaufsrecht vorbehalten worden, imgleichen die pacta constituti possessorii, Leibzuchtcontracte und endlich Abfindungs- und Brautschatzgelder [84]), von dem Zeitpuncte an, wo sie liquidirt worden, nur dann und nur von dem Zeitpuncte an, gegen einen Dritten rechtliche Kraft erlangen sollen, da sie gehörig ingrossirt worden sind.

---

84) Sollten dies wohl alles Realrechte an fremdem Eigenthume sein, und wer soll das Fideicommiss ingrossiren lassen, insonderheit wenn der Fideicommisserbe ungewiss ist?

Der Gesetzgeber deutet jedoch selbst an, dass die Mafsregel unzureichend sei. Erbschaftliche Grundstücke gewähren während voller fünf Jahre nach des Erblassers Tode gar keine Sicherheit, weil so lange die Erbschaftsgläubiger sich das ius separationis durch Ingrossation für immer sichern können (§. 12.) In diesem §. wird den Miterben dasselbe Separationsrecht, wie den Gläubigern, also e iure crediti gegeben, ohne dass man sieht, warum sie nicht wie andere Eigenthümer das ius separationis e iure dominii haben sollen (§. 50. litt. b.). Vielleicht hat es Abfindlinge heifsen sollen. Aber auch dann bleibt die Bestimmung über ihre Rechte in Concurrenz mit den Creditoren, welche die §§. 4. 12. 50. litt. a. enthalten, selbst in Vergleichung mit dem, was v. Röfsing in s. Rechtsfällen I. n. 15. über die vorherige Praxis anführt, so dunkel, dass diejenigen, welche creditiren wollen, sich nicht werden zu rathen wissen. Und was sollen sie sich unter der Gütermasse denken, welche §. 12. in parenthesi vorkommt, und rücksichtlich welcher ebenfalls ein Separationsrecht gegeben wird?

ad 2. Es giebt das Gesetz den öffentlichen Behörden das Recht, Geldstrafen, auch die stillschweigende Hypothek der Pupillen und Minderjährigen und derer, die denselben nach gemeinen Rechten gleichgesetzt werden (was etwas sehr allgemein ausgedrückt ist), ohne Einwilligung der Tutoren, Curatoren und Administratoren ingrossiren zu lassen (§. 13.) Dagegen ist, wie es scheint, selbst für minorenne Hauskinder rücksichtlich ihres vom Vater administrirten Vermögens gar nicht gesorgt. Auch Ehefrauen autorisirt das Gesetz, ihre Illaten ingros-

siren zu lassen (§. 15.). Alle Verbindlichkeiten, welche nicht aus Verträgen herrühren, z. E. Entschädigungsverbindlichkeiten, obligationes ex delicto, quasi ex contractu und dergleichen, können die Gerichte ohne Einwilligung des Schuldners ingrossiren lassen, oder auch nicht ingrossiren lassen, wie sie wollen (§. 16.). Dagegen ist von einem pignore iudiciali im gewöhnlichen Sinne durch Auspfändung [85]) nirgends die Rede.

Die Ingrossationen auf unbestimmte Summen schwächen den Credit eines Schuldners am meisten, sagt das Gesetz selbst (§. 17.), und doch hat es diese in einem Falle beibehalten, der am meisten vorkommt, nämlich bei Vormundschaften, Curatelen u. s. w. (§. 18.). Ein Eigenthümer von Grundstücken, besonders in den Marschen, worin grofse Sterblichkeit herrscht, ist gewöhnlich mit mehreren Vormundschaften belastet und dadurch leicht ganz creditlos, um so mehr, wenn die Abnahme der Vormundschaftsrechnungen nicht prompt zur gesetzten Zeit erfolgt, sondern vielleicht viele Jahre verschoben wird, so dass wohl gar am Ende der bedeutende Recess das ganze Vermögen verschlingt und den übrigen Creditoren das leere Nachsehen lässt. Man sollte denken, eine beständige möglichst genaue Aufsicht auf die Vormünder, insonderheit strenges Halten auf ordentliche Rechnungsablegung, gerichtliche Verwahrung der Schulddocumente und beträchtlicher baaren Gelder u. s. w. könnte es möglich machen, diese Ingrossationen auf bestimmte mäfsige Summen zu bringen.

---

85) Glück XVIII. p. 192. 193.

Ebenfalls nachtheilig, wenngleich in geringerem Grade, ist die nach Wahrscheinlichkeit vorzunehmende richterliche vorläufige Werthanschlagung illiquider Ansprüche der Miterben oder erbschaftlichen Gläubiger (§. 12.) und der Ansprüche aus andern Gründen, als aus einem Contracte (§. 17.).

Nach der Oldenburgischen Hypothekenordnung ist es übrigens nicht hinlänglich, dass man weifs, was auf den Namen desjenigen ingrossirt ist, dem man in Betracht gewisser ihm gehöriger Grundstücke fidiren will. Man muss auch Gewissheit darüber haben, was auf die Namen der vorigen Eigenthümer dieser Grundstücke ingrossirt wurde, welches eine unendliche Untersuchung erfordern würde, wenn man nicht, etwas zurückgehend, sich mit blofser Wahrscheinlichkeit begnügte. Auch gleiche Namen, Qualitäten, Wohnorte, veränderte Qualitäten, Wohnorte müssen dies Alles noch mehr erschweren und häufig Verwirrung anrichten.

ad 3. Es ist im Oldenburgischen, wie auch schon die Erfahrung ergeben hat, Niemand sicher, dass nicht, nachdem er den Ingrossationsextract erhielt, während er sein Ingrossationsgesuch und die als Beilagen erforderlichen Documente, insonderheit die Schuldurkunde, besorgt und ehe er jenes produciren konnte (§. 6.), eine andere Ingrossation ihm zuvorkommt, besonders da sein Hypothekenamt häufig Meilen weit entfernt ist. Denn die vor der Französichen Occupation bei den einzelnen Landgerichten geführten Hypothekenbücher sind nach deren

Beendigung bis weiter vorläufig [86]) bei dem Hypothekenbureau in Oldenburg geblieben, aber für das alte Herzogthum mit alleiniger Ausnahme von Varel und Dedesdorf noch immer daselbst. Die in den beiden letzten Districten, so wie in Jever und Vechta vorhandenen Hypothekenämter, werden als Unterbehörden des Oldenburgischen Hypothekenamts qualificirt. Worin diese Unterordnung aber besteht, besonders da auch diese Unterbehörden unter speciellen Aufsicht der Justizcanzlei stehen, ist nicht bekannt. Eben so wenig weifs man bestimmt, dass die gesuchte Ingrossation würklich erfolgt. Denn findet der Hypothekenbewahrer die Zulässigkeit derselben bedenklich, und die oberaufsehende Behörde statuirt auf dessen einseitigen Bericht die Unzulässigkeit würklich; so wird gar nichts eingetragen (§. 6.). Wie geht es aber, wenn Implorant behauptet, ihm sei dadurch Unrecht geschehen? Ein Rechtsverfahren über diesen Punct muss sich doch am Ende finden. Allein wer weifs nicht, dass Schadensansprüche an öffentliche Behörden ev. den Staat ihre Schwierigkeiten haben, und dass es möglichst zu vermeiden ist, denen Unterthanen keinen andern Ausweg zu lassen?

ad 4. Über die Gröfse der (privilegirten) Kosten des Concurses, während dessen der letzte Creditor, welcher zur Perception kommt oder sonst kommen würde, von seiner Forderung den Gemeinschuldner gewöhnlich unterhalten muss (§. 31.), ist besonders bei geringen Massen wohl geklagt wor-

86) Ressortreglement §. 8. Hyp.-, Conc.- u. Verg.-Ordn. §. 115.

den. Beim Concurse muss der hypothekarische Gläubiger thätig sein, damit für die Immobilien ein solcher Preis komme, dass er befriedigt werden kann. Hier wird er schon gleich anfangs dadurch in Verlegenheit gerathen können, dass er gar keinen gewissen Überschlag zu machen im Stande ist, indem die gegen das Präferenzurtheil eingewandten Rechtsmittel den öffentlichen Verkauf der Grundstücke nicht suspendiren sollen (§. 56.) Wird sodann nicht einmal der Taxationspreis geboten; so muss der interessirte Gläubiger, um ein zweites Aufgebot zu erlangen, sofort annehmliche Caution wegen der Kosten und laufenden Zinsen auch dafür machen, dass wenigstens das vorige höchste Gebot wieder erfolge §. 62. Für Manchen ist es aber schwierig oder gar unmöglich, besonders in einem von seinem Wohnorte entfernten Districte, Cautionen zu bestellen. Man sollte denken, in dem obigen Falle wäre ein zweites Aufgebot schon an sich in der Natur der Sache begründet und müsste daher ohne Weiteres erfolgen. Denn die Concursgläubiger sind ja procuratores in rem suam. Welcher gewissenhafte und vorsichtige Bevollmächtigte schlägt aber beim ersten Aufgebot die Sache unter der Taxe weg? Er kann ja die Bedingung machen, dass der Letztbietende unter der Taxe eine mäfsige Zeit, während welcher ein neues Aufgebot Statt haben kann, an sein Gebot gebunden sein solle. Beim zweiten Verkaufe, heifst es §. 63., ist der Zuschlag sofort zu ertheilen, der höchste Bot mag dem Schätzungspreise gleichkommen oder nicht (also auch unter der Hälfte, ja pro uno nummo). Die sonst gebräuchlich gewesene Lösse findet überall nicht mehr Statt. Was hier abge-

schafft wird, ist in dem Entwurfe zu einer Hypothekenordnung für Baiern §. 63. gerade aufgenommen, scheint auch an sich sehr billig. Dieser Entwurf besagt daselbst: »Reicht bei gerichtlicher Versteigerung das höchste Angebot nicht zur Befriedigung aller eingetragenen Hypotheken hin; so kann jeder hypothekarische Gläubiger, welcher deswegen seine Forderung ganz oder theilweise verlieren würde, verlangen, dass ihm gegen Befriedigung aller ihm vorhergehenden Forderungen das versteigerte Gut an Zahlungsstatt zuerkannt werde [87]).« Der zweite Verkauf bringt daher die Entscheidung, und dieser muss sich derjenige hypothekarische Gläubiger leidend unterwerfen, der keine Caution zu machen im Stande ist, welche der Auctionator ihm nicht blofs, wenn er würklich den Zuschlag erhält, sondern schon, wenn er nur aufbietet, nach Belieben auflegen kann (§. 92. 96.) und sich für den ersteren Fall häufig schon vorher ohne Ausnahme bedinget, ungeachtet er sich gleichfalls durch Bedingung und zeitige Ingrossation des reservirten Eigenthums ein Separationsrecht verschaffen kann (§. 92. 2. 3.) und dann, wenn nicht über die Taxe geboten wurde, wohl kaum gefährdet ist.

Übrigens wird auch dadurch die Concurrenz der Liebhaber vermindert, und Mancher abgeschreckt, dass die Zahlungstermine nie über ein Jahr und sechs Wochen vom Tage des Verkaufs an hinausgesetzt werden dürfen (§. 91.), daher man die Zahlung des halben Kaufschillings gewöhnlich auf ein halbes Jahr nach dem Verkaufe setzt. Wer nun

87) Arch. f. d. civ. Prax. III. p. 256.

diesen nicht baar liegen hat, sondern deshalb seine Capitalien einzuziehen genöthigt ist, welche in der Regel auf halbjährige Loskündigung stehen, erst losgekündigt werden müssen und auch dann wohl nicht einmal prompt eingehen, kann nicht darauf rechnen, die Zahlungsmittel zur gesetzten Zeit in Händen zu haben und lässt sich dadurch vom Kaufe leicht abhalten.

Nachtrag zweier merkwürdiger Beispiele logischer Interpretation Oldenburgischer Gesetze.

Das Butiadinger Landrecht verordnet art. 32.:

Damit ein letzter Wille beständig sei, *soll* er entweder vor Gericht oder vor dem Pastorn oder Voigt des Orts oder vor einer anderen Amtsperson und zum wenigstens mit Zuziehung dreier männlichen Gezeugen, die des Testators Willen aus dessen eigenem Munde zugleich mit anhören, errichtet, sofort darauf — beschrieben auch sowohl vom Testatore und den Gezeugen als von der Amtsperson, so der Errichtung adhibiret worden, unico actu auf einmal und ehe sie von einander gehen unterschrieben werden — Wie aber Obiges von einem, der seinen letzten Willen beschrieben oder in Schriften zu hinterlassen

gemeinet, zu verstehen; Also wird dennoch über den letzten Willen auch billig gehalten, welchen einer in 5 — Gezeugen Gegenwart nuncupiret oder in Kraft blofser mündlicher Verordnung zu erkennen gegeben hat.

v. Röfsing meint in s. concentr. Rechtsfällen I. n. 2., dass die Zeugen des Testatoris Willen aus dessen eigenem Munde zugleich mit anhöreten, sei gar nicht nöthig (obgleich das Gesetz es erfordert, damit der letzte Wille beständig sei). Man sei daher in praxi zufrieden, wenn den Zeugen gesagt worden sei, auf dem Papiere, welches sie zu unterschreiben hätten, sei der letzte Wille des gegenwärtigen Testators befindlich. Nur müsse letzterer noch im Stande gewesen sein, sein Testament zu lesen (warum dieses nöthig und wie darüber Gewissheit zu erhalten sei, darüber wird nichts gesagt). Zur Bestärkung werden 2 Praejudicien angeführt und folgendergestalt gerechtfertigt.

1) Der Artikel rede wohl hauptsächlich von einem blofs mündlichen Testamente, welches hernach niedergeschrieben werde, und wäre dies auch nicht; so sei

2) es gewiss nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen, den Testator in die Nothwendigkeit zu versetzen, seinen letzten Willen ohne allen Nutzen vor der Zeit bekannt werden zu lassen.

— Es ist aber ad 1) von keinem testamento nuncupativo in scripturam redacto die Rede (wenn auch darauf das Geringste ankommen könnte, wie nicht der Fall ist, weil ein mündliches Testament nur vor 5 und nicht vor 4 Zeugen gilt, und ad 2) Beseitigung einer deutlichen gesetzlichen Vorschrift durch

die blofse Behauptung, der Gesetzgeber habe nicht die Absicht gehabt, sie zu geben, Umsturz aller Gesetzlichkeit. Nützlich war es übrigens allerdings, durch die fragliche Vorschrift die Gefahr einer an so wenige und ungewöhnliche Formen gebundenen Testamentserrichtung etwas zu vermindern (wem sie nicht ansteht, der kann ja gerichtlich testiren). Testamentssolennitäten werden angeordnet, damit jede Fälschung vermieden werde, und müssen genau nach dem Buchstaben des Gesetzes befolgt werden, weil nur so die Furcht vor Verfälschungen beseitigt wird [88]).

König Friedrich IV. von Dänemark gab am 26. Oct. 1701. folgende Verordnung [89]).

Demnach die Erfahrung bezeuget, wasgestalt bei-den Gerichten in Unseren hiesigen Grafschaften wegen alter sowohl verbriefeter als Kramer- und Buchschulden bisher viele langwierige und weitläuftige Processe zu Unserer — Unterthanen merklichen — Nachtheil geführet und dadurch Unsere Gerichte vielfältig behelligt — worden wir aber auch solchem Übel durch eine zulängliche Verordnung Wandel zu schaffen — für gut befunden. So — befehlen wir hierdurch —, dass alle diejenige, so an die Einwohner besagter Unserer

---

88) Arch. f. d. civ. Prax. XIII. p. 271.
89) C. C. O. P. 3. N. 85. p. 86. 87.

Grafschaften einige alte Forderung haben möchten, auf welche in — 10 Jahren weder an Capital noch Zinsen etwas bezahlet worden, mit denen prätendirten Schuldnern innerhalb 2 Jahren von dato an, entweder gütlich oder gerichtlich solche Forderung liquid und geständig machen widrigenfalls aber nach Verfliefsung angeregter Zeit wider den ungeständigen Schuldner weiter nicht gehört — werden sollen. Wobei denn zu wissen, dass Unsere — Meinung nicht dahin gehe, als ob innerhalb 2 Jahren dergleichen alte Schulden nothwendig einzufordern oder herauszupressen wären, zumalen dadurch mancher Schuldner zum Verderb gerathen würde; sondern dass nur die Schuld binnen obgesetzter Zeit mit dem Schuldner liquid oder geständig gemacht und er, daferne er sich nicht dazu gestehet, solcher Schuld überwiesen und ihm also einige Exceptiones oder Einrede dagegen zu machen benommen werde. Nicht weniger ist hiermit Unser-Wille und Verordnung, dass hinfüro alle Kramer- und Buchschulden wann sie von dem Gläubiger und Schuldner dafern dieselbe beiderseits in Unsern hiesigen Grafschaften wohnen oder sich aufhalten über 5 Jahre auf den Fall aber einer von ihnen — aufserhalb Landes wohnete oder sich beständig aufhielte über 10 Jahre einzufordern, vernachlässiget worden alsdann — verjähret sein sollen.

Dieses Gesetz erklärt man nun im Oldenburgischen so, dass das Einfordern der Kramer- und

Buchschulden (worunter man alle unverbriefte Forderungen versteht Suppl. III. C. C. O. p. 358.) nichts weiter als ein Anmahnen bedeute und das Gesetz verordne, dass diese Anmahnung alle 5 resp. 10 Jahre geschehen solle [90]). Wie aber Einfordern überhaupt im genauen Sinne mehr als ein blofses Fordern, vielmehr ein Beitreiben, Eintreiben, Einziehen bedeutet, so hat auch der Gesetzgeber es in diesem Sinne vorher in dem Gesetze genommen, wo er es mit Herauspressen als synonym zusammenstellt. Und wie konnte es ihm überhaupt einfallen, seine Absicht, dem Übel langwieriger und weitläuftiger Processe aus alten Forderungen zulänglich zu steuern, dadurch zu erreichen, dass er eine von 5 zu 5 resp. 10 zu 10 Jahren zu wiederholende Anmahnung anbefahl? So erklärt bewürkt denn auch das Gesetz in der Praxis meistens das gerade Gegentheil von dem, was es bewürken sollte. Gewöhnlich entsteht, anstatt dass langwierige und weitläuftige Processe über alte unverbriefte Forderungen vermieden werden, noch ein vorläufiger Process mehr über die Frage, ob innerhalb 5. resp. 10. Jahre gemahnt worden sei.

---

90) v. Röfsings c. Rechtsfälle. II. Nr. 4.

Verbesserungen und Druckfehler.

Seite	18	not. 8 a. E.	lies	§. 31. anstatt §. 3.	
—	19	Z. 4	—	Titius für Titus.	
—	—	not. 11 Z. 1	—	o. für c.	
—	20	letzte Z.	—	Geschwister, der Eltern leibliche Geschwister und	
—	24	not. 7 Z. 2	—	213—215. anst. 213. 215.	
—	26	letzte Z.	—	Natürl. —; natürl.	
—	31	not. 24	—	281 — 287.	
—	38	— 45	—	(48. 18.) — (45. 18.)	
—	—	— 49	—	(3. 32.) — (3. 42.)	
—	48	— 72	—	124 — 123.	
—	51	Z. 7 v. u.	—	85*a* — 85*b*.	
—	—	— 4 - -	—	85*b* — 85*a*.	
—	53	— 7	—	fürgen. — Fürgen.	
—	62	— 3	—	beurtheilt — beurtheit	
—	73	— 2	—	der — dem	
—	74	not. 144	—	181 — 187.	
—	76	Z. 23	—	einen — einem.	
—	78	— 22	—	243 — 247.	
—	81	not. 165.		streiche 686.	
—	87	— 174 Z. 4		nach 144 setze 576.	
—	91	Z. 5. 4. v. u.	—	*müssen*.	
—	103	not. 218	—	261. anst. 201.	
—	108	Z. 7. v. u.	—	aufzuweisen haben; so	
—	114	not. 254	—	in f. anst. in p. u. de R. I. anst. R. I.	
—	119	Z. 10 v. u.	—	837. anst. 873.	
—	123	— 5 v. o.	—	Kosten anst. höchsten	
—	124	— 11 v. u.	—	streiche H.	
—	125	— 13 v. o.	—	negavi anst. negari.	
—	128	— 7 - -		streiche que.	
—	133	— 12 - -	—	»in l. 3.	
—	139	not. 7	—	199. anst. 99.	
—	141	Z. 1 v. u.	—	immanit. anst. humanit.	
—	142	— 1 v. o.	—	cum anst. tum.	
—	146	— 4 - -	—	Churfürstenthumen anst. —thümen.	
—	147	— 7 - -	—	iudiciis anst. indic.	
—	—	— 10 - -	—	gleichwohl anst. gleich w.	
—	152	not. 5 Z. 2	—	not. x anst. not. a.	

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Seite	180	Z. 6 v. u.	lies	hinzugezählt	anst. hinzugewählt.
—	201	—13 - -	—	Landsassen	— Landescassen.
—	—	— 1 - -	—	persönliche	— persönlichen.
—	—	— 1 v. o.	—	che	— chen.
—	202	— 4. 3 v. u.	—	brauchen sie, wie es scheint, nicht zu leiden	anst. scheinen sie nicht zu leiden zu brauchen.
—	221	not. 8 Z. 4		streiche x. u. l. 217	anst. 267.
—	224	— 16 — 4	—	8	anst. 5.
—	230	— 35	—	(1. 6.)	anst. (2. 6.)
—	234	— 40	—	1066.	— 1068.
—	239	Z. 9. v. o.	—	deshalb	— daraus.
—	240	not. 5 Z. 1	—	421	— 428.
—	256	— 22 u. S. 257 not. 23.		streiche Betr.	
—	262	Z. 10 v. u.	lies	unbeeidigten	anst. unbedingten.
—	278	— 3 v. o.	—	. Deren	— , deren.
—	281	— 11 v. u.	—	. Sonst	— ; sonst.
—	282	— 7 - -	—	civili	— civile.
—	289	— 3 v. o.	—	mit ihren zwei Supplementen	
—	291	— - - -	—	wenigen	anst. wenig.
—	292	— 9 - -	—	von	— des ersten vor.
—	296	not. 11	—	VIII. p. 420.	
—	297	— 13*a*	—	H. St. 3.	anst. St. 3.
—	298	Z. 12 v. o.	—	haben	— habe.
—	299	— 6 v. u.	—	er es bisher	anst. er bisher.
—	302	— 12 - -	—	§. 3.	— §. 9.
—	303	— 13 - -	—	nach dem	— nach den.
—	311	not. 47*a*	—	Gesetzsamml.	— Samml.
—	316	— 54	—	C. C. O.	— C. C. C.
—	317	— 59	—	II.	— III.

Druck von Friedrich Ernst Huth.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Siegen, H. J.

Juristische Abhandlungen, vorzüglich den Zustand deutscher Gesetzgebung und Rechtslage betreffend

Göttingen 1834

J.germ. 194 h
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10552729-7